No. 6 2014

Revista Ecuatoriana de ARBITRAJE

Alegría Jijón Andrade
Alvaro Galindo Cardona
Daniel Alejandro Casella
Fausto Albuja Guarderas
Francisco González de Cossío
Hugo García Larriva
Javier Jaramillo Troya
Jonathan W. Lim
Juan Pablo Aguilar Andrade
Leonardo Sempértegui Vallejo
Luis Miguel Velarde Saffer
Oswaldo Santos Dávalos
Vanesa Aguirre Guzmán

Nunca es tarde…Argentina tiene finalmente su legislación sobre arbitraje

*Daniel Alejandro Casella**

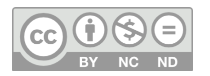
SUMARIO: 1. Introducción. Las discusiones sobre el trámite legislativo **2.** Las modificaciones más trascendentes. **2.1.** El arbitraje como contrato. **2.2.** La forma. El acuerdo arbitral. **2.3.** Materias excluidas. **2.4.** El arbitraje de equidad y de derecho. **2.5.** La autonomía del acuerdo arbitral. La competencia de los árbitros. **2.6.** Medidas cautelares. **2.7.** La remisión al arbitraje. La revisión judicial. **2.8.** Arbitraje Institucional-Ad Hoc. **2.9.** Los árbitros. **3.** Conclusión.

1. Introducción. Las discusiones sobre el trámite legislativo

El Código Civil Argentino, que redactó Dalmacio Vélez Sarsfield, fue tratado a libro cerrado, en un proceso que comenzó con el envío por parte del Poder Ejecutivo Nacional el 25 de agosto de 1869 y, luego de pasar por ambas Cámaras, se promulgó el 29 de setiembre del mismo año. Dicho Código se mantuvo inalterable por ciento cincuenta años, salvo una significativa reforma –más por su calidad que por la cantidad de artículos involucrados[1]– realizada en 1968 (Ley 17.711), por obra de Guillermo Borda, que significó un adelanto muy importante en el derecho privado[2].

*Socio de Casella & Hilal, Ciudad de Buenos Aires, Argentina. Profesor Adjunto Ordinario de la Universidad Argentina de la Empresa (UADE), Argentina. Las opiniones vertidas en el presente trabajo son exclusiva responsabilidad del autor.

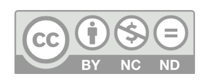
1. Según Riviera la puesta en vigencia de la Ley 17.711 que modificó sólo el 10% del articulado del Código Civil, causó una gran litigiosidad y variada jurisprudencia que incluye plenarios de la cámara Civil de la Capital, de la Cámara Civil y Comercial de La Plata, etc. Según este autor no hay que ser muy imaginativo para prever que la aplicación de todo el CCyC, que sustituye al Código Civil y al Código de Comercio, ha de producir el mismo efecto multiplicado al infinito (Ver J. Rivera, "*Instituciones de Derecho Civil - Parte General*", Abeledo Perrot, 6ª edición, t. I, nº 205 y ss., a partir de p. 243).
2. Como señalaban Alterini y Alegría, con la sanción de la Ley 17.711 "fueron incorporados al Código Civil principios propios de los contratos comerciales: la doctrina de la apariencia, la fuerza jurígena de los usos, las interpretaciónes conforme a la buena fe-probidad, la mora automática, cláusula resolutoria tácita; más tarde el anatocismo fue admitido por la Ley 23.928. El concurso de los no comerciantes fue sometido igual procedimiento que el aprobado para los comerciantes (Art. 2, Ley 24.522) y fue sujeto también al juez mercantil (Art. 43 bis. Decreto-Ley 1285/58, según Ley 22.903)" (Alterini y Alegria, "*Unificación sustancial del derecho civil y el derecho comercial*", LA LEY, 2011-F, 886).



El arbitraje en Argentina fue regulado básicamente como una materia procesal[3] y se carecía de una ley de arbitraje interna. Cada Código Procesal Provincial contiene una regulación propia de la materia[4], toda vez que en Argentina la legislación procesal constituye materia no delegada en el Gobierno Federal, y por ello reservada a las provincias[5].

Esta disparidad de normas lleva necesariamente a cierta confusión, aunque es oportuno aclarar que en general las normas procesales provinciales coinciden con las del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que son aplicables a la capital de la nación y en la competencia federal. Con la falta de definición y claridad autores como Caviano y Aguilar han llamado la atención sobre el significativo retraso de la legislación argentina sobre arbitraje[6]. Más aún si se tiene en cuenta la ratificación de tratados internacionales que incluyen al arbitraje como forma alternativa de resolución de controversias[7]. La demora de la Argentina en sancionar una ley de arbitraje propia era insostenible.

3. J. Rivera, *El Arbitraje en Argentina*, Revista de Derecho Comparado No. 11, Rubinzal Culzoni, 2005, p. 1.
4. El primer Código de Procedimientos en materia civil y comercial que rigió en el ámbito de la Justicia Nacional fue el que había sido sancionado en 1880 para la Provincia de Buenos Aires, que se adoptó como propio para la Capital Federal por Ley 1893 en 1886. La reforma integral del Código de 1967 (Ley 17.454) alcanzó también a las normas sobre arbitraje, aunque no hubo modificaciones sustantivas. Las reformas posteriores más importantes sufridas por el Código Procesal (Leyes 22.434 de 1981 y 25.488 de 2001) ni siquiera modificaron la redacción de las normas sobre arbitraje. El artículo 10 del CPCCN, que determina en qué casos la competencia de los tribunales nacionales es prorrogable a favor de árbitros o jueces extranjeros, sí fue modificado varias veces, en un clásico movimiento pendular: la Ley 17.454 estableció la prohibición de prorrogar la jurisdicción en favor de árbitros o jueces extranjeros, dejando de lado las disposiciones permisivas contenidas en la legislación anterior. Esta disposición fue modificada, en 1976, por la Ley 21.305, que admitió la prórroga bajo dos condiciones: que no se tratase de casos sometidos a la jurisdicción exclusiva de los jueces argentinos y que el acuerdo de voluntades que dispusiera la prórroga de jurisdicción fuese, en todos los casos, anterior a los hechos que motivaban la intervención de los jueces o árbitros. En 1981, la Ley 22.434 dio a la norma la redacción actual: la prórroga no solo puede ser acordada antes de los hechos que den origen a la controversia sino en cualquier tiempo, quedando solamente como excepciones los casos regidos por normas especiales de tratados internacionales, las prohibiciones legales y la jurisdicción argentina exclusiva.
5. Constitución Nacional de la República Argentina, *Art. 121*. La Constitución Argentina dispone que el derecho de fondo, sustancial, es nacional y que por ello, el Congreso Nacional tiene la atribución de dictar los Códigos civil, comercial, penal, de minería y de trabajo pero que, el dictado de las normas procesales es facultad no delegada por las Provincias en el Gobierno Nacional (Art.121 CN), razón por la cual los Códigos de fondo no han de alterar las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones (Art. 67, inc. 11 de la Constitución de 1853; corresponde al Art. 75, inc. 12 CN actual).
6. J. R. Caivano, "Argentina necesita mejorar su legislación sobre arbitraje", Revista. La Ley.1994-A-994; F. Aguilar, "¿Para qué sirve una ley nacional de arbitraje?", La ley 20/01/2005, p. 1, AR/DOC/42/2005.
7. De los numerosos tratados celebrados por la Argentina cabe destacar por su alcance general la Convención de Nueva York de 1958, el Tratado Interamericano de Panamá de 1975, y dentro del ámbito restringido al MERCOSUR los Protocolos de Las Leñas (1992) y Buenos Aires (1998). En materia de protección de inversiones extranjeras Argentina ha celebrado tratados bilaterales (BIT por Bilateral Investment Treaty) en los que se incluye el arbitraje con más de 50 países bajo el paraguas de la Convención de Washington (Centro Internacional de Arreglos de Disputas de Inversiones o CIADI) de 1966.



Esto es así, sin perjuicio de varios proyectos presentados por –o a iniciativa de– Jorge R. Vanossi para adoptar como legislación sobre arbitraje comercial internacional el texto de la Ley Modelo de UNCITRAL[8]; en los últimos años se han presentado al menos cuatro anteproyectos de Ley de Arbitraje, ninguno de los cuales ha tenido, finalmente, tratamiento parlamentario pleno, aunque algunos de ellos lograron ser tratados en Comisión: i) El Anteproyecto elaborado por la comisión de juristas creada por Decreto 958/1991, fue elevado originariamente por el Poder Ejecutivo al Congreso mediante Mensaje 2278 del 31 de octubre de 1991 y reiterado luego, con ligeras variantes, por Mensaje 726 del 22 de mayo de 1995; ii) El Anteproyecto elaborado por la comisión de juristas creada por Resolución del Ministerio de Justicia N° 338/1998, fue elevado por el Poder Ejecutivo al Congreso a través del Mensaje 577 del 28 de mayo de 1999; iii) El Anteproyecto elaborado por la comisión consultiva creada por Resolución del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos N0 219/2001, fue presentado al Congreso mediante Mensaje del Poder Ejecutivo N0 201/2002; iv) El Anteproyecto elaborado por el Dr. Sergio Villamayor Alemán en el marco del Convenio de Reforma Judicial, del que fueron parte representantes de la Corte Suprema, del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y de varias entidades públicas y privadas, fue elevado por el Poder Ejecutivo en el año 2007 y, luego de haber perdido estado parlamentario, fue nuevamente presentado en el curso del año 2010.

Mientras tanto, varios países de Latinoamérica adoptaron en los últimos años una ley de arbitraje propia[9]. En efecto, Bolivia aprobó la Ley No 1770 sobre Arbitraje y Conciliación el 10 de marzo de 1997 (Ley No 1770); Brasil aprobó la Ley de Arbitraje No 9307 el 23 de septiembre de 1996 (Ley No 9307); Chile aprobó la Ley No 19.971 el 29 de septiembre de 2004 (Ley

8. Al menos en cuatro oportunidades, en los años 1991, 1996, 1999 y 2001. Ver, A. Piaggi, "Evoluciones recientes del arbitraje comercial internacional en Latinoamérica", en A. Piaggi, y L. Estoup, *(Dir.)*, *Derecho Mercantil Contemporáneo,* ed. La Ley, 2001, pp. 81 y ss.

9. Latinoamérica no es la única región donde el arbitraje ha evolucionado. La tendencia a la unificación de las leyes de arbitraje es notable en el mundo contemporáneo. En abril de 2001, la Ley Modelo ya había sido adoptada por más de treinta y ocho países. Se han promulgado leyes basadas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional en Alemania, Australia, Azerbaiyán, Bahrein, Belarús, Bermudas, Bulgaria, Canadá, Chipre, Croacia, Egipto, dentro del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte: Escocia, la Federación de Rusia, Grecia, Guatemala, Hong Kong (Región Administrativa Especial de China), Hungría, India, Irán (República Islámica del), Irlanda, Jordania, Kenya, Lituania, Madagascar, Malta, México, Nigeria, Nueva Zelanda, Omán, Paraguay, Perú, República de Corea, Macao (Región administrativa especial de China), Singapur, Sri Lanka, Túnez, Ucrania; Zambia, y Zimbabwe, dentro de los Estados Unidos de América: California, Connecticut, Illinois, Oregon y Texas (http://www.uncitral.org/sp-index.htm). Además de los nombrados Bolivia (Ley n° 1770/1997) y Brasil (Ley 9307/1996) adoptaron sendas leyes de arbitraje.

No19.971); Colombia aprobó el Decreto No 1818 el 7 de septiembre de 1998, el cual compila todas las normas aplicables a la Conciliación y el Arbitraje antes contenidas en diversas legislaciones (Decreto No 1818); Costa Rica aprobó el Decreto Ley No 7727, que contiene la Ley para los Métodos Alternativos de Solución de Disputas y la Promoción de la Paz del 4 de diciembre de 1997 (Decreto Ley No 7727); Ecuador aprobó la Ley de Arbitraje y Mediación del 24 de agosto de 1997, bajo el Registro Oficial No 145 del 4 de septiembre de 1997 (Ley bajo Registro Oficial No 145); Guatemala aprobó el Decreto Ley No 67-95, que contiene la Ley de Arbitraje del 17 de noviembre de 1995 (Decreto Ley No 67-95); Honduras aprobó el Decreto Ley No 161-2.000 que contiene la Ley de Conciliación y Arbitraje el 17 de octubre de 2.000 (Decreto Ley No 161-2.000); Panamá aprobó el Decreto Ley No 5 de 1999, que contiene la Ley de Arbitraje (Ley No 5); Perú aprobó la Ley No 26.572, que contiene la Ley General de Arbitraje el 6 de enero de 1996 (Ley No 26.572); Paraguay recientemente aprobó la ley No 1879 para el Arbitraje y la Mediación del 24 de abril 2.002 (Ley No 1.879); y finalmente, Venezuela aprobó la Ley sobre Arbitraje Comercial el 7 de abril de 1998 (Ley sobre Arbitraje Comercial). Aunque, técnicamente, no puede considerarse una "ley de arbitraje", hasta Cuba, en el año 2007, dictó el Decreto-Ley N° 250 que regula el funcionamiento de la "Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional" y que recoge algunos principios de las modernas legislaciones sobre la materia[10].

En cuanto a la legislación argentina, el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación fue elaborado por una comisión integrada por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctor Ricardo Luis Lorenzetti, como Presidente, la Ministro del mismo tribunal, doctora Elena Highton de Nolasco y la ex miembro de la Corte Suprema de la Provincia de Mendoza, la doctora Aída Kemelmajer de Carlucci (designada por el Decreto 191/2011).

Esta Comisión consultó a más de noventa profesores de todas las universidades públicas y privadas del país, quienes dieron su opinión por escrito y fueron tenidas en cuenta en la redacción final.

10. C. Conejero Roos, *La influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI Sobre Arbitraje Comercial Internacional en América Latina*: Un Análisis Comparativo, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 32 N0 1, pp. 89 - 138 (2005).

El proyecto fue presentado al Poder Ejecutivo con fecha 27 de marzo de 2012 y luego hubo un proceso de revisión por parte del Ministerio de Justicia que le introdujo modificaciones.

En efecto, elevado el proyecto al Congreso de la Nación por nota del día 7 de junio de 2012, fue analizado por la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación (CCyC), creada al afecto e integrada por legisladores de ambas Cámaras y procedentes de diferentes fuerzas políticas. Dicha comisión; llevó adelante audiencias públicas a lo largo de todo el país, con el objeto de recoger opiniones, observaciones y sugerencias, y se recibieron más de mil ponencias procedentes de todos los sectores sociales.

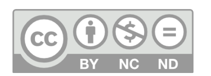
Ese anteproyecto, con reformas introducidas en el Congreso de la Nación a propuesta del Poder Ejecutivo de la Nación, se convirtió en la Ley 26.994, a regir a partir del primero de agosto de 2015[11].

En el marco de esta verdadera recodificación se incorpora la regulación del Contrato de Arbitraje en el Capítulo 29 (artículos 1649 a 1665) dentro de los contratos en particular. Es decir que la novedad es la regulación del "contrato de arbitraje" (que incluye tanto el celebrado por las partes como el que resulta entre aquellas y los árbitros).

Es importante señalar que el CCyC parece legislar al instituto del arbitraje sin distinguir su carácter nacional o internacional[12].

---

11. Es oportuno aclarar al lector que la nueva codificación no incluye a la Ley de Concursos y Quiebras, la de Sociedades comerciales (que ha sufrido algunas modificaciones muy discutibles pero no en forma integral), Ley de Seguros, la de Mercado de Capitales, la de Entidades financieras, la de Letra del Cambio, Vales y Pagaré, y la Ley de Cheques, entre otras.
12. La República Argentina posee normas sobre arbitraje internacional en el derecho convencional, los Tratados de Derecho Procesal internacional de Montevideo de 1889 y 1940, pero exclusivamente sobre temas puntuales. El Código Procesal trata excepcionalmente el arbitraje Internacional (Art. 519 bis) y el resto de la normativa (lib. VI, tít. I) es relativamente inadaptada al arbitraje comercial internacional.



2. Las modificaciones más trascendentes

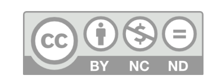
2.1. El arbitraje como contrato

El artículo 1649 del CCyC establece una definición del arbitraje como un contrato en donde las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, de derecho privado en la que no se encuentre comprometido el orden público.

La definición es prácticamente idéntica al concepto de acuerdo arbitral del artículo II. 1 . de la Convención de New York sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras[13,14] y de la Opción II del artículo 7.1. de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas sobre el derecho mercantil internacional, el 21 de junio de 1985[15,16]. Solo agrega la caracterización del arbitraje como un contrato.

Uno de los puntos complejos en la materia lo constituye el determinar si los árbitros ejercen o no jurisdicción. El tema ha tenido abundante tratamiento tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

13. Ratificada por Argentina conforme a la Ley 23.619 del 28 de septiembre de 1988, promulgada por el Poder Ejecutivo a través del decreto 1524/88 de fecha 21 de octubre de 1988. El instrumento de ratificación fue depositado en la Naciones Unidas el 14 de Marzo de 1989 y actualmente ha sido ratificada por más de 140 países.
14. "Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje". (Art. II.1).
15. "El acuerdo de arbitraje es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente".
16. La UNCITRAL (o CNUDMI en español) es un organismo intergubernamental de las Naciones Unidas que depende de la Asamblea General. Dedica sus esfuerzos a la unificación del derecho comercial internacional a través de la preparación de instrumentos legislativos y no legislativos, diseñados para asistir a la comunidad internacional en la modernización y armonización de esta materia. Está integrado por 36 Estados de todos los continentes con distintos niveles de desarrollo y sistemas jurídicos. La Ley Modelo de 1985 contiene una completa y autónoma disciplina del instituto; trata ampliamente los distintos temas que involucran al arbitraje comercial internacional desde el nacimiento del convenio arbitral hasta su reconocimiento y ejemplo. Promueve la uniformidad del derecho procesal arbitral y la armonización y el perfeccionamiento de las leyes nacionales que suelen ser inadecuadas para el arbitraje comercial internacional, y refleja el consenso mundial sobre los principios y aspectos más importantes de la práctica del arbitraje comercial internacional. Para mayor información ver el trabajo de A. Piaggi, *La vinculación entre UNCITRAL y el Arbitraje Comercial Internacional: Una relación exitosa*, Ed-200, 575.



La pregunta que el lector debe hacerse es: ¿Cuál es el origen de la función de los árbitros?, ¿ejercen los árbitros jurisdicción?, ¿tiene el árbitro imperium para imponer forzadamente su decisión a las partes?

Lo cierto es que la naturaleza jurisdiccional del arbitraje está reconocida por la Corte Suprema argentina desde el siglo XIX[17], y ha sido ratificada en los casos que ha dirimido conflictos de competencia entre la justicia judicial y la arbitral[18].

Este artículo reedita una antigua polémica "teórica" que entendemos se encuentra largamente superada. Algunos autores consideran al arbitraje como un contrato[19], pues consideran a dicho instituto como un contrato, mientras que la doctrina argentina mayoritaria considera que el instituto –si bien nacido mediante una convención de partes– resulta esencialmente jurisdiccional, por lo que el laudo adquiere caracteres propios de una sentencia judicial[20]. Importante doctrina extranjera coincide con esta última postura[21].

Compartimos el criterio de Falcón en el sentido que el CCyC realiza una regulación tibia sobre el ámbito nacional e internacional del arbitraje y

17. CSN, 1880, B. de las Carreras, Fallos 22:371, 376, citado por A. Bianchi, "El Estado Nacional ante el arbitraje", LL 13.4.05.
18. CSN, 1-11-88, "S.A. La Nación y otra c/ S.A. *La Razón Editorial E.F.I.C. y A.*", Fallos 311:2223; ídem, 10-11-88, *"Nidera Argentina S.A. c/ Elena G. Rodríguez Álvarez de Canale",* Fallos 311:2300, etc.
19. Rocco consideraba que el arbitraje era una transacción anticipada remitida a terceros de confianza (A. Rocco, *La sentencia civil*, trad. de Mariano Ovejero, España moderna, Madrid, s/f, pp. 73 a 75. Otros autores nacionales que sostienen la tesis contractualista son D. Lascano, *Jurisdicción y competencia,* Buenos Aires, 1941, p. 153; R. J. Podetti, *Código de Procedimientos en materia civil y comercial de Mendoza*, Buenos Aires, 1936, III, p. 271; C. Zavala Rodríguez, *Código de Comercio y leyes complementarias comentados y concordados*, Depalma, Buenos Aires, 1959, I, p. 560; cit. Por E. Falcone, *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial,* Tomo X, *El Derecho Procesal en el Código Civil y Comercial de la Nación,* Eubinzal-Culzoni Editores, 2014, p. 499.
20. A. Morello; G. Passi Lanza; L. Sosa, y R. Berizonce, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*. Comentados y anotados, 1979, t. IX, p. 490; E. Fenochietto y R. Arazi, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, 1993, III, p. 503. Otros autores que se pueden citar en el mismo sentido: M. Ottolenghi, *Conceptos fundamentales para una construcción del instituto arbitral*, en *Revista de Derecho Procesal*, 1943, 1° parte, pp. 184 y ss.; C. Ayarragaray, *Naturaleza del proceso arbitral;* R. Fernández, *Derecho Procesal Civil*, 1955, I, 618 y en sentido similar: *Código de Comercio,* I, VOL. 2, PS. 1229 Y 1230; R. Fernández y L. Gómez, R. Osvaldo, *Tratado teórico-práctico de Derecho Comercial*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, t. I, párr.. 49, a, etc.
21. Ver sobre el particular: A. Redfern y M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Thompson, Londres, 2004; y T. Carbonneau, *Cases and Materials on the Law and Practice of Arbitration*, Juris Publishing, New York, 2000, pp. 2 y ss.

que erróneamente considera al arbitraje como un contrato. Coincidimos con el citado autor que el arbitraje no tiene como objeto de sí mismo ninguna relación jurídica patrimonial, sino que su objeto es la creación de un tribunal para dirimir un conflicto jurídico[22].

La Corte Suprema de Justicia de Argentina ha reconocido el origen jurisdiccional del arbitraje en muchísimas oportunidades[23].

2.2. La forma. El acuerdo arbitral

La determinación de los requisitos formales aplicables al acuerdo arbitral corresponde a la legislación nacional sobre arbitraje.

El acuerdo arbitral es un acto jurídico que exterioriza la voluntad de las partes de someterse a arbitraje y, debido a la naturaleza contractual del arbitraje, es esa voluntad la que permite que se inicie y tenga lugar un procedimiento arbitral, renunciando por ende a la jurisdicción ordinaria como forma de resolver las disputas. Fue reiteradamente decidido por la Corte Suprema que la sujeción al arbitraje importa la renuncia a la Jurisdicción que ejercen los órganos del Poder Judicial[24].

La competencia creada convencionalmente no puede ser disputada por los jueces estatales ya que la exclusividad de aquél es un aspecto importante en su setatus y sirve para enfatizar su carácter independiente[25].

Ahora bien: El CCyC establece la necesidad de la existencia de un acuerdo arbitral por escrito, ya sea que esté contenida en una cláusula compromisoria incluida en un contrato o en un acuerdo independiente o en un estatuto o reglamento[26].

22. E. Falcon, *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercia*l, Tomo X, *El Derecho Procesal en el Código Civil y Comercial de la Nación,* Rubinzal-Culzoni Editores, 2014, pp. 503 y ss.
23. Con cita: CSJN, "Bruce c/de las Carreras", Fallos: 22:371 (año 1880); 1-11-88, "S.A. La Nación y otra c/S.A. La Razón Editorial EFICyA", Fallos: 311:2223; 10-11-88, "Nidera Argentina S.A. c/E. G. Rodríguez Álvarez de Canale", Fallos: 311:23.
24. CSJN, Fallos 107:126; 302:1280 y 305:1365.
25. Chillón Medina-Merino Merchan, "*Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*", p. 296, Ed. Civitas-Madrid 1991.
26. Art. 1650. Forma. El acuerdo de arbitraje debe ser escrito y puede constar en una cláusula compromisoria incluida en un contrato o en un acuerdo independiente o en un estatuto o reglamento. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye contrato de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

Adviértase que la norma en análisis requiere:

a) Que el acuerdo arbitral sea escrito.

b) Que esté contenido en una cláusula compromisoria incluida en un contrato o en un acuerdo independiente.

c) La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye contrato de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

En primer lugar, la pregunta que surge de la lectura de este artículo es si el requisito material del acuerdo arbitral escrito es *ad substantiam o ad probationem*, o ambas, de tal manera que determina la existencia misma del acuerdo y asimismo es un elemento de convicción o prueba. De esta manera se pretende evitar litigios sobre la existencia misma del acuerdo, por lo que, de no cumplirse con el requisito, no sería prorrogable la jurisdicción por inexistencia de acuerdo arbitral, y el eventual laudo que bajo dichas circunstancias se dictare no sería ejecutable.

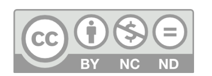
En materia contractual la regla general es que los contratos se perfeccionan con el mero consentimiento; basta entonces la voluntad de las partes para que surtan efecto. Para que la voluntad adquiera relevancia jurídica debe salir de la esfera interna del sujeto emisor, esto es, debe existir un hecho exterior por el que se manifieste. La exteriorización puede darse de manera expresa o tácita[27].

Por otro lado, la necesidad de que el acuerdo arbitral conste por escrito ha perdido cierta actualidad[28]. La práctica indica que sin existir un acuerdo escrito resulta posible probar la intención de la partes. Entre la casuística posible podemos mencionar los siguientes[29]:

27. A. Saldarriaga, "*El requisito de forma escrita del artículo II.2 de la Convención de Nueva York y la doctrina del grupo de sociedades. ¿Está de más en el arbitraje internacional?", en El Arbitraje Comercial Internacional – Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50° aniversario*, Abeledo Perrot, 2008, p. 263.

28. Igualmente, hay legislaciones nacionales, como el artículo 29 de la Ley de El Salvador que exige la forma escrita.

29. *Cfr.* F. González de Cossío, "*Validez del acuerdo arbitral bajo la Convención de Nueva York: un ejercicio conflictual", en El Arbitraje Comercial Internacional – Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50° aniversario*, Abeledo Perrot, 2008, p. 429.



a) Los acuerdos celebrados por medios electrónicos;

b) Los intercambios de cartas y telegramas;

c) El cumplimiento del contrato que no fuera firmado por una de las partes o cuando la operación fue documentada en varios contratos que contienen sendos acuerdos arbitrales firmados por las partes; pero uno de ellos no se firma;

d) El certificado de embarque emitido por un porteador que no es firmado por el cargador y que contiene una cláusula arbitral;

e) El contrato que contiene un acuerdo arbitral y es enviado a una parte que no lo acepta expresamente ante la otra, pero se refiere por escrito a dicho contrato en correspondencia subsiguiente;

f) Cuando el demandante inicia un arbitraje en contra de una identidad que no es la parte que originalmente firmó el acuerdo arbitral o basándose en teorías de derecho local como son *alter ego*, inoponibilidad de la persona jurídica o la "teoría de grupos".

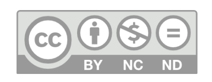
Muchos otros ejemplos podrían proponerse al lector.

Afortunadamente, no aclara el artículo 1650 que el acuerdo deba ser firmado por las partes. El requisito de forma escrita se exige en relación al contenido del acuerdo arbitral y del contrato al que hace referencia. No así de la manifestación del consentimiento de las partes.

En consecuencia, bastaría con que una de las partes presentase un contrato que contenga una cláusula arbitral o un intercambio de cartas o documentos que, si bien no fue firmado por la otra parte, surja el consentimiento de aquel a través de su conducta, por ejemplo, de su participación en la ejecución del contrato[30].

Por ello, entendemos que el acuerdo arbitral puede surgir de un intercambio de cartas, telegramas u otros medios de telecomunicaciones[31] que de-

30. Tal lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley de Mediación yArbitraje de Ecuador.
31. Entendemos que la exteriorización del acuerdo arbitral por escrito puede ser cumplida por medios electrónicos



jen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda o contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra, o bien se considere aceptado el acuerdo arbitral por las partes en forma tácita por silencio o actos de ejecución del contrato o acuerdo perfeccionado.

Por lo expuesto, podemos concluir que corresponde una interpretación amplia del artículo, por lo que es suficiente que exista constancia documental de algún tipo que haga evidente la voluntad de pactar un acuerdo arbitral aunque no exista la firma de alguna o de ambas partes en un documento, ya sea el contrato en cuestión o un apéndice de éste. Incluso sería obligatorio el acuerdo arbitral entre no signatarios conforme la doctrina del grupo de sociedades[32]. Dicha interpretación abierta sería acorde con las decisiones de las cortes nacionales de otros países[33]. Entendemos que el CCyC elimina la formalidad *ad solemnitatem* exigida al convenio arbitral, por lo que ahora bastaría probar el consentimiento de las partes.

En segundo lugar, la redacción de la norma no es novedosa. Ahora bien, la constancia escrita no es tan solemne, porque bastará que el acuerdo esté consignado en un documento separado o apéndice que indique la referencia al contrato del que forma parte. Incluye, por ende, la incorporación por referencia, es decir, aquel instrumento jurídico en virtud del cual un documento se convierte en parte de otro simplemente por la mera referencia de aquél[34].

---

de comunicación, siempre que la información consignada en ella sea accesible para su ulterior consulta, entendiéndose por "comunicación electrónica" a cualquier comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos, expresión que debe ser interpretada como comprensiva de información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros sin limitarse, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax (tal como señala el artículo 7.4. de la versión del año 2006 de la Ley Modelo de la CNUDMI).

32. Ver artículo 14° de la Ley de Arbitraje Peruana: "El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos."

33. Sobre este tema sugerimos la lectura de los artículos de Saldarriaga, ob., cit.18; y C. Suárez Anzorena, *La Doctrina de los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral*, IX Congreso Argentino de Derecho Societario, V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (San Miguel de Tucumán, 2004), pp. 539-548.

34. La figura de "la incorporación por referencia" ha sido incorporada a otros instrumentos internacionales, como La Ley Modelo de la CNUDMI en materia de Contratación Electrónica, citado por C. Von Wobeser, *La incorporación por referencia, en El Arbitraje Comercial Internacional – Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50° aniversario*, Abeledo Perrot, 2008, p. 259, cita n°17.

Pero el tema no termina ahí. La legislación argentina parece contemplar los dos tipos de incorporaciones por referencia, la general a un contrato o documento como tal (en un acuerdo independiente o en un estatuto o reglamento) o especial, es decir a una parte del documento (la referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria que constituye contrato de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato).

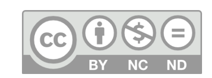
El CCyC va más allá de lo dispuesto por el artículo II párrafo 2° de la Convención de Nueva York y del artículo 1° de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá), pues en ambos textos internacionales –ratificados por la República Argentina– no se contempla la incorporación por referencia.

Lo expuesto plantea el siguiente problema: pudiera no brindarse el reconocimiento y ejecución de un laudo dictado con sede en la Argentina si el Estado en el que se intenta la ejecución forma parte de la Convención de Nueva York y aplica la interpretación restrictiva del artículo II.2 que no contempla la incorporación por referencia como uno de los supuestos para considerar a un acuerdo arbitral como otorgado por escrito.

En tercer lugar, la redacción del artículo permite afirmar que se deja de lado el concepto de acuerdo arbitral representado en varios actos: una cláusula compromisoria y un posterior compromiso arbitral[35]. Ambas se encuentran incluidas en el concepto de acuerdo arbitral y solo se diferencian respecto a su inclusión o no en el contrato celebrado entre las partes, y, si bien el artículo no lo dispone expresamente, respecto del momento en que las partes convienen en someter un determinado conflicto a arbitraje[36].

35. Uno de los aspectos más criticados de la legislación procesal argentina es que la cláusula compromisoria no es suficiente por sí, pues es exigencia legal que las partes suscriban el compromiso arbitral, el que debe formalizarse una vez que ha surgido el conflicto, por escritura pública o instrumento privado o por acta extendida ante el juez de la causa o ante aquel a quien hubiese correspondido su conocimiento (Art. 739 Código Procesal). La pregunta que surge evidente es si luego de entrar en vigencia el CCCN continúa la obligación de las partes de suscribir el compromiso arbitral.

36. Se utilizará la expresión "acuerdo arbitral", tanto para referirnos a la "cláusula compromisoria", es decir, el acuerdo genérico ex ante por el que dos o más partes someten a arbitraje un determinado tipo de controversias futuras, como para referirnos al "compromiso arbitral", es decir, el acto mediante el cual las partes someten a arbitraje una determinada controversia existente, haya o no una cláusula compromisoria previa. Igualmente, debe notarse que la problemática que trata esta contribución es difícil de concebir en el último caso, por cuanto las partes o los jueces definen los alcances subjetivos del procedimiento arbitral (C. Suárez Anzorena, "*Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral* según *la práctica internacional*", *Revista Internacional de Arbitraje*, Enero-Junio 2005).



La cláusula compromisoria constituye un medio por el cual las partes –en un ejercicio de autonomía admitido por el ordenamiento jurídico– resuelven atribuir jurisdicción a un árbitro o a un tribunal de arbitradores para resolver sus controversias, configurando un acuerdo contractual que se debe acatar[37].

Caivano la define como "el convenio por el cual las partes deciden someter algunos asuntos a arbitraje, sustrayéndolos al conocimiento de los jueces ordinarios. Las partes renuncian a que sean decididos por los tribunales de justicia, asignándoselos a particulares, a quienes invisten, como consecuencia de ello, de funciones y facultades jurisdiccionales. Pero las divergencias a las que se refiere son todavía, al momento de suscribir la cláusula, meramente eventuales. Ni siquiera se sabe si llegarán a producirse. Es un convenio previo al conflicto mismo, cuyos efectos dependen de la legislación que le sirva de base"[38].

Coincidimos con Parodi en que, pese a que mediante el compromiso arbitral existe la posibilidad de elaborar un acuerdo de arbitraje detallado y adecuado a las especiales características y circunstancias de la disputa concreta que lo origina, la experiencia demuestra la conveniencia de incluir la cláusula arbitral en el mismo contrato, ya que, en la mayoría de los casos, cuando el conflicto ha surgido, las partes difícilmente se pondrán de acuerdo en algo, inclusive en la forma de resolverlo[39].

Finalmente, el artículo 1658[40] establece ciertas cláusulas facultativas del acuerdo arbitral, tales como la referida a la sede arbitral, el idioma, el procedimiento arbitral, el plazo del mismo, la confidencialidad y lo referido

37. C. E. Fenochietto, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", tomo 3, editorial Astrea, 1999, comentario al Art. 739, p. 716.
38. R. J. Caivano, *Arbitraje*, 2° edición, 2000, Ad- Hoc, p. 115.
39. G. Parodi, *Contrato de Arbitraje*, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado.
40. Art. 1658.- Cláusulas facultativas. Se puede convenir:
    a) la sede del arbitraje;
    b) el idioma en que se ha de desarrollar el procedimiento;
    c) el procedimiento al que se han de ajustar los árbitros en sus actuaciones. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral puede dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado;
    d) el plazo en que los árbitros deben pronunciar el laudo. Si no se ha pactado el plazo, rige el que establezca el reglamento de la entidad administradora del arbitraje, y en su defecto el que establezca el derecho de la sede;
    e) la confidencialidad del arbitraje;
    f) el modo en que se deben distribuir o soportar los costos del arbitraje.

a los costos[41], los cuales parecen en parte coincidir con la más moderna tendencia internacional en la materia[42].

2.3. Materias excluidas

El artículo 1651 excluye ciertas controversias de ser sometidas a arbitraje: a) las que se refieren al estado civil o la capacidad de las personas; b) las cuestiones de familia; c) las vinculadas a derechos de usuarios y consumidores; d) los contratos por adhesión cualquiera sea su objeto; e) las derivadas de relaciones laborales. Las disposiciones de este Código relativas al contrato de arbitraje no son aplicables a las controversias en que sean parte los Estados nacional o local[43].

De la lectura del artículo se deduce que el resto de las cuestiones pueden ser sometidas a arbitraje.

En concreto, nos parece evidente que se puede someter a arbitraje todo aquello que puede ser materia de transacción[44]; y el Código Civil au-

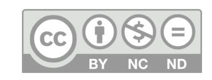
---

41. Sobre este punto sugerimos la interpretación que hace el artículo 71º de la Ley Peruana de Arbitraje.- Honorarios del tribunal arbitral Los honorarios del tribunal arbitral y del secretario, en su caso, serán establecidos de manera razonable, teniendo en cuenta el monto en disputa, la dimensión y la complejidad del caso, el tiempo dedicado por los árbitros, el desarrollo de las actuaciones arbitrales, así como los usos y costumbres arbitrales y cualesquiera otras circunstancias pertinentes del caso.
42. Nos referimos en particular a las directivas de la International Bar Association (IBA) para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional, que fueron adoptadas por la Resolución del Consejo de la IBA el 7 de Octubre de 2010.
43. La Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador establece ciertas materias excluidas en sus artículos 23 y 24. Art. 23.- No podrán ser objeto de arbitraje:
    a) Los asuntos contrarios al orden público o directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas de derecho público;
    b) Las causas penales, excepto en lo relativo a la responsabilidad civil proveniente del delito;
    c) Los alimentos futuros;
    d) Las controversias relativas a bienes o derechos de incapaces, sin previa autorización judicial;
    e) Aquellos conflictos relacionados con el estado familiar de las personas, excepto en lo relativo al régimen patrimonial atinente con éste; y
    f) Las cuestiones sobre las cuales haya recaído sentencia judicial firme.

    Expresa Exclusión de la Materia Laboral

    Art. 24.- Las controversias de índole laboral no quedan sujetas a lo dispuesto por la presente ley.

    Lo mismo ocurre con el artículo 6° de la ley 1770 de Bolivia: Articulo 6.- (Materias excluidas de arbitraje) I. No podrán ser objeto de arbitraje: 1. Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución. 2. Las cuestiones que versen sobre el estado civil y la capacidad de las personas. 3. Las cuestiones referidas a bienes o derechos de incapaces, sin previa autorización judicial. 4. Las cuestiones concernientes a las funciones del Estado como persona de derecho público. II. Las cuestiones laborales quedan expresamente excluidas del campo de aplicación de la presente ley, por estar sometidas a las disposiciones legales que les son propias.
44. Tal como ocurre en ciertas leyes nacionales, como el artículo 1° de la Ley de Mediación y Arbitraje de Ecua-



toriza la transacción sobre todo aquello que puede ser materia de convención privada, o sea que solo excluye aquellas materias indisponibles para las partes (estado de familia, validez o nulidad del matrimonio, derecho a alimentos, herencia futura) y las que se refieren a hechos o cosas que no pueden ser objeto de actos jurídicos.

Es por ello que compartimos los argumentos de Aguilar en el sentido que en el Código Procesal argentino se restringen las materias arbitrables, y por ende la capacidad de las partes para acordar el arbitraje, a las cuestiones que pueden ser objeto de transacción[45]. Menciona este autor que, el ámbito del arbitraje que ha incorporado otras materias que hoy son arbitrables tales como, entre otras, las controversias entre socios en el seno de las sociedades anónimas[46], en temas de familia si se trata de controversias de naturaleza puramente patrimonial.

Hubiéramos preferido una redacción similar a la del artículo 2º del Decreto Legislativo N° 1071 de la Ley Nacional del Perú donde pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen[47].

Adviértase que el artículo 1651 excluye las cuestiones de familia sin distinción. No compartimos ese criterio[48].

---

dor; y la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador que dispone en su Art. 22.- Podrán someterse a arbitraje las controversias que surjan o puedan surgir entre personas naturales o jurídicas capaces, sobre materias civiles o comerciales respecto de las cuales tengan libre disposición.

45. Art. 737 Código Procesal: No podrán comprometerse en árbitros bajo pena de nulidad, las cuestiones que no pueden ser objeto de transacción.

46. Es oportuno aclarar que la Resolución General Nº 4/2001 dictada por la Inspección General de Justicia fue dictada en virtud de una recomendación de la Comisión Consultiva sobre Arbitraje que expuso la conveniencia de incluir una cláusula arbitral para la composición de diferencias, conflictos o controversias entre socios, derivadas de contratos o estatutos sociales (párrafo 2º de la Resolución). Asimismo, la resolución indica que las cláusulas arbitrales apuntan a brindar soluciones frente a hipótesis de conflictos derivados del contrato social o de su interpretación (párrafo 3º)...siendo dicha cláusula admisible bajo los alcances que el principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes reconoce en materia societaria. La Inspección General de Justicia admite la inclusión de cláusulas arbitrales en los contratos de sociedades de responsabilidad limitada, en los estatutos de sociedades por acciones sometidas a su contralor y en lo contratos de colaboración empresaria regulados por la Ley 19.550 (Art. 1º de la Resolución). Incluso dicha resolución presenta dos modelos de cláusulas arbitrales en los anexos A y B.

47. Ver artículo 3° de la Ley 1770 de Bolivia: Pueden someterse a arbitraje las controversias surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas contractuales o extracontractuales de las partes, mediante el ejercicio de su libre arbitrio sobre derechos disponibles y que no afecten al orden público, antes, en el transcurso o después de intentado un proceso judicial, cualquiera fuere el estado de éste, extinguiéndolo o evitando el que podría promoverse.

48. La Comisión Bicameral del Congreso eliminó del texto original la posibilidad de someter a arbitraje las cuestiones patrimoniales de familia.

Tampoco compartimos la exclusión de los contratos de adhesión, cualquiera sea su objeto. ¿Significa esto que se puede excluir como materia arbitral a los contratos llamados de comercialización, en particular, agencia (artículos 1479 a 1501), concesión-distribución (artículos 1502 a 1511) y franquicia (artículos 1512 a 1524), por haber sido firmados con cláusulas predispuestas escritas? El legislador pretende de esta manera proteger a la parte contractual más débil pero lo hace con un criterio que aleja a la legislación argentina de las más modernas tendencias en materia arbitral, incluso con el artículo 4.2. del Acuerdo del MERCOSUR, además de que nos parece un contrasentido que el legislador permita el sometimiento a arbitraje por referencia y no por adhesión[49].

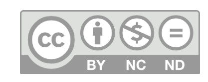
Desde nuestro punto de vista, hubiera sido más apropiada una redacción más moderna, donde convenios referidos a relaciones jurídicas contenidas en cláusulas generales de contratación o contratos por adhesión serán exigibles sólo si dichos convenios han sido conocidos, o han podido ser conocidos por quien no los redactó, usando una diligencia ordinaria[50].

Se excluyen asimismo las cuestiones vinculadas a los consumidores y a las relaciones laborales, por contar con disposiciones específicas en la materia.

Finalmente, las disposiciones del CCyC relativas al contrato de arbitraje no son aplicables a las controversias en que sean parte los Estados nacional

---

49. Ver sobre el particular la Ley de Conciliación, Mediación y Arbitraje de El Salvador: Art. 26.- Los convenios arbitrales referidos a relaciones jurídicas contenidas en cláusulas generales de contratación, contratos normalizados o contratos por adhesión, serán plenamente válidos entre las partes en tanto dichos convenios hayan sido conocidos o debían conocerse por la contraparte y su manifestación de voluntad de someterse al arbitraje se hiciere en forma expresa e independiente.
Se presume, sin admitir prueba en contrario, que el convenio arbitral debía conocerse, si se cumple con alguno de los siguientes supuestos:
    a) Si las condiciones generales que incluyen el convenio arbitral se hallan insertas en el cuerpo del contrato principal y este último es por escrito y está firmado por ambas partes;
    b) Si las condiciones generales, a pesar de no estar reproducidas en el cuerpo del contrato principal, constan en el reverso del documento y se hace referencia al convenio arbitral en el cuerpo del contrato principal y éste es por escrito y firmado por la otra parte;
    c) Si el convenio arbitral se encuentra incluido en condiciones generales separadas del documento principal, pero se hace referencia en el cuerpo del contrato principal a la existencia del arbitraje y éste es por escrito y firmado por la otra parte; y, la negativa del consumidor o usuario a someterse a un convenio arbitral no podrá impedir por sí misma la celebración del contrato principal.
50. Ver artículo 15° de la Ley Peruana de Arbitraje



o local[51]. Entendemos que esto es un error. Cuando la Constitución argentina estableció en su artículo 116 la jurisdicción de la Corte para los juicios en que la Nación es parte, no ha excluido la jurisdicción arbitral[52]. Además, es doctrina del máximo tribunal argentino que el principio general del artículo 116 de la Constitución Argentina no impide al Estado convenir una cláusula arbitral siempre que el Estado esté autorizado por ley para someter a árbitros las cuestiones que se plantean con motivo de los contratos que celebra; debiendo el Estado estar actuando como persona jurídica[53] salvo aquellas cuestiones que hacen al orden público o en las que estén en juego los poderes públicos o los atributos de la soberanía[54].

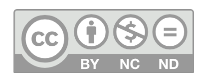
Esta cuestión tiene directa relación con la limitación del arbitraje a relaciones de derecho privado que hace el artículo 1549, excluyendo las materias reguladas por normas de orden público. Entendemos que el legislador ha cometido un

51. Entendemos más acorde con las tendencias internacionales la redacción del artículo 4° de la Ley Nacional de Perú. Sin embargo, el artículo 4° de la Ley de Mediación y Arbitraje de Ecuador establece lo siguiente: Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje, además de cumplir con los requisitos que establece esta Ley, tendrán que cumplir los siguientes requisitos adicionales: Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento; la relación jurídica al cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual; en el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros; y, el convenio arbitral, por medio del cual la Institución del sector público renuncia la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha Institución. El incumplimiento de los requisitos señalados acarreará la nulidad del convenio arbitral.

52. Artículo 116: Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del artículo 75: y por los tratados con las naciones extranjeras, de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima, de los asuntos en que la Nación sea parte, de las causas que se susciten entre dos o más provincias, y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.

53. Ver Ley de Conciliación, Mediación y Arbitraje de El Salvador: Art. 25.- Podrán someterse a arbitraje las controversias en las que el Estado y las personas jurídicas de derecho público son partes interesadas, siempre que versen sobre derechos disponibles y deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual.
En las controversias derivadas de los contratos que el Estado Salvadoreño o las personas de derecho público celebren con nacionales o con extranjeros domiciliados, se estará a lo dispuesto en leyes especiales o en tratados o convenios internacionales y, en su defecto, a lo establecido por esta ley. Podrán conocer del arbitraje para este tipo de controversias los Centros establecidos por la presente Ley. Las empresas de derecho privado con capital estatal o las de economía mixta pueden acordar libremente y sin requisito de previa autorización que las controversias derivadas de los contratos que celebren con nacionales o extranjeros domiciliados o que se refiere a sus bienes propios, sean sometidas a Arbitraje.
Ver asimismo el artículo 4° de la Ley 1770 de Bolivia.- (Capacidad estatal) I. Podrán someterse a arbitraje, lascontroversias en las que el Estado y las personas jurídicas de Derecho Público son partes interesadas, siempre que versen sobre derechos disponibles y deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual. II. Conforme a lo establecido en el parágrafo anterior, el Estado y las personas jurídicas de Derecho Público tienen plena capacidad para someter sus controversias a arbitraje nacional o internacional, dentro o fuera del territorio nacional, sin necesidad de autorización previa. (ART. 76 LEY 1770).

54. Fallos: 90:97; 104:323; 110:35; 143:357; 146:373; 167:192; CSJN del 16/08/1937, *Cía. Italo Argentina de Electricidad* c/ La Nación, Fallos 178:29, citados por J.C. Rivera, ob. cit. 45.



error inexcusable, dado que el hecho de que una materia sea regulada por normas de orden público no implica que no pueda ser sometida a arbitraje, sino la posibilidad que las partes pueden disponer de los derechos en cuestión.

2.4. El arbitraje de equidad y de derecho

El artículo 1652 contempla el arbitraje de equidad o *ex aequo et bono* y el arbitraje de derecho o *iuris*, siendo el arbitraje de derecho si el acuerdo arbitral no lo estipula expresamente[55].

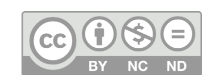
Este artículo dispone exactamente lo contrario que el artículo 766 del Código Procesal donde se establece que "*si nada se hubiese estipulado en el compromiso acerca de si el arbitraje es de derecho o de amigables componedores, o si se hubiese autorizado a los árbitros a decidir la controversia según equidad, se entenderá que es de amigables componedores*". Sin perjuicio de la contradicción, coincidimos con el nuevo criterio, acorde con las más modernas reglas en la materia[56]. Recoge la tendencia internacional de que los arbitrajes sean de derecho, salvo pacto en contrario de las partes[57].

Coincidimos con destacadas autoras nacionales que, al ser de derecho el arbitraje, entendemos que el laudo debe ajustarse a las normas estrictas del derecho, y deben ser motivados[58].

2.5. La autonomía del acuerdo arbitral. La competencia de los árbitros

Por medio de los artículos 1653[59]y 1654[60] el CCyC consagra dos de los principios más significativos del arbitraje: el de autonomía (separabilidad) de la cláusula arbitral y la competencia de los árbitros para decidir disputas sobre su

55. Art. 1652.- Clases de arbitraje. Pueden someterse a la decisión de arbitradores o amigables componedores, las cuestiones que pueden ser objeto del juicio de árbitros. Si nada se estipula en el convenio arbitral acerca de si el arbitraje es de derecho o de amigables componedores, o si no se autoriza expresamente a los árbitros a decidir la controversia según equidad, se debe entender que es de derecho.
56. Artículo 28.3. Ley Modelo CNUDMI y artículo 9° Acuerdo sobre Arbitraje del MERCOSUR. Ver asimismo el artículo 41° de la Ley Peruana de Arbitraje; artículo 11 de la Ley 1770 de Bolivia; y artículo 30 de la Ley de Arbitraje de El Salvador.
57. En contra, por ejemplo, el artículo 3° de la Ley de Mediación y Arbitraje de Ecuador.
58. S. Feldstein de Cárdenas - H. Leonardi De Herbón: "El arbitraje", Abeledo Perrot, Bs. As., 1998, p. 13.
59. Art. 1653. Autonomía. El contrato de arbitraje es independiente del contrato con el que se relaciona. La ineficacia de éste no obsta a la validez del contrato de arbitraje, por lo que los árbitros conservan su competencia, aun en caso de nulidad de aquél, para determinar los respectivos derechos de las partes y pronunciarse sobre sus pretensiones y alegaciones.
60. Art. 1654. Competencia. Excepto estipulación en contrario, el contrato de arbitraje otorga a los árbitros la atribución para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia



propia competencia (*Kompetenz-Kompetenz*), lo cual permite proteger la autonomía del proceso arbitral sin la interferencia de los tribunales locales, con lo que, en cualquier caso, la validez o invalidez de la cláusula arbitral será decidida por el tribunal arbitral, lo mismo que sus alcances y las materias arbitrales[61].

En este ámbito, el principio referido de la autonomía de la cláusula compromisoria es internacionalmente admitido y como tal incorporado a la ley modelo de la CNUDMI[62].

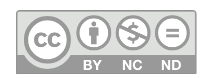
La misma Secretaría de la CNUDMI manifestó que la doctrina de *Kompetenz-Kompetenz* implica que el tribunal arbitral podrá decidir independientemente acerca de su propia competencia, incluso sobre toda excepción que se haya opuesto contra la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje, sin tener que recurrir a un tribunal arbitral. La separabilidad de la cláusula compromisoria supone que ésta debe considerarse a un acuerdo independiente de las demás condiciones del contrato[63].

Esto significa lo siguiente: La autonomía del acuerdo arbitral supone que en caso de que la cláusula compromisoria se encuentre inserta en un o acuerdo general, esa cláusula es considerada como autónoma y separable del acuerdo principal. De este modo, si los árbitros resuelven que el contrato en el cual se encuentra inserta dicha cláusula es nulo, ello no implicará la nulidad del acuerdo arbitral. Lo contrario importaría necesariamente la pérdida automática de competencia de ese mismo tribunal arbitral interviniente y la consecuente imposibilidad de continuar con el procedimiento de arbitraje en curso. La doctrina *Kompetenz-Kompetenz* resuelve el interrogante referido a quién es competente para resolver un cuestionamiento sobre la competencia de un tribunal arbitral. Según este principio, generalmente aceptado, es el tribunal arbitral que debe resolver sobre su propia competencia[64].

---

o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia.

61. Es oportuna la mención de FALCÓN sobre la legislación procesal de la Provincia de Río Negro que dispone en su artículo 739, último párrafo, lo siguiente: "La declaración de invalidez de un contrato no importará la del acuerdo arbitral, salvo que ésta fuera consecuencia inescindible de aquélla", ob. cit. p. 509.
62. A. BOGGIANO, *"Derecho internacional privado"*, t. III, cap. XXVI, p. 303.
63. Nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006, párrafo 25.
64. M. ROTHENBERG, *El principio Kompetenz-Kompetenz y su aplicación a un reciente caso de arbitraje comercial internacional*, LA LEY 23/11/2010 , 6 • LA LEY 2010-F , 353, AR/DOC/7704/2010.



Así lo han reconocido los tribunales argentinos al decidir que "no altera la naturaleza de convención autónoma, que puede ser contemporánea o no al contrato principal, pero que no depende de este último en cuanto a su validez, a la ley aplicable, ni al juez dotado de jurisdicción para resolver una eventual controversia"[65].

Es reiterada la corriente jurisprudencial nacional que entiende de carácter restrictivo la interpretación del alcance de las cláusulas compromisorias que implican una renuncia al principio general de sometimiento de los conflictos a los jueces ordinarios[66].

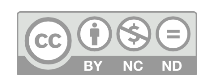
La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en el fallo *Enrique Welbers S.A.,* que dispuso "que la forma en que se instrumenta la cláusula arbitral no altera su naturaleza de convención autónoma, que puede ser contemporánea o no al contrato principal, pero que no depende de este último en cuanto a su validez, a la ley aplicable, ni al juez dotado de jurisdicción internacional para resolver una eventual controversia"[67].

Del mismo modo se expidió el fuero comercial de la capital federal en *in re El Diamante*[68]. En esa línea se ha interpretado a nivel internacional esta situación, así la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, conocida como Convención de Viena[69], en su artículo 81.1 dispone que la resolución del contrato no afectará las estipulaciones relativas a la solución de controversias; habiéndose entendido que se refiere a las cláusulas de selección del foro, entre las que se encuentra, sin dudas, el acuerdo arbitral.

Asimismo, se ha resuelto que solo se debe controlar aquí la existencia de la antes mencionada cláusula, y corresponde al tribunal arbitral establecer su interpretación. Y es así que haciendo hincapié en que el principio de la autonomía de la cláusula compromisoria es admitido internacionalmente,

---

65. CNCom., Sala E, L.L. 1989-E-304.
66. Conf. C. Nac. Com., sala B, in re "*Klein, Santiago E. v. Melton S.A. s/ordinario"*, del 29/12/2004; en igual sentido, sala E, in re "*NL. S.A. v. Bull Argentina S.A. s/sum.*". Ver Texto, del 31/5/1990, del dictamen del fiscal de Cámara 62073; íd., sala C, in re "*Zumpf, Gustavo v. Tucumán 300 S.R.L. s/sum.*", del 4/9/1992, del dictamen 66.634.
67. *Enrique Welbers S.A. c. Extraktions-technik Gesellschaft s/Ordinario*, Sala E, Com. LA LEY, 1989-E, 302.
68. El Diamante S.A. c/Arcor S.A.I.C. s/Ordinario, LD-Textos.
69. Ratificada por la Argentina por ley 22.765.



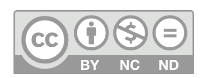
este tribunal ha decidido que no altera la naturaleza de convención autónoma de la cláusula arbitral la forma en que se instrumenta, que puede ser contemporánea o no al contrato principal, pero que no depende de este último en cuanto a su validez, a la ley aplicable, ni al juez dotado de jurisdicción para resolver una eventual controversia[70].

De esta manera, como principio, la cláusula compromisoria constituye un contrato autónomo dentro de otro contrato y que la suerte de este último –así se invoque su nulidad, su inexistencia o su rescisión– no acarrea necesariamente la invalidez del pacto arbitral, en tanto no se pruebe que el consentimiento al arbitraje está viciado de invalidez, cuestión esta última ajena a este conflicto[71]. Esta premisa, que está recogida positivamente en el instrumento universal vigente para la República Argentina en materia de arbitraje internacional –la Convención de Nueva York de 1958–, y en el instrumento regional más reciente –el Acuerdo del MERCOSUR de 1988, ratificado por Ley 24.353–, también rige en arbitraje puramente nacional, tal como lo acepta la doctrina nacional más prestigiosa[72].

Por otro lado, el principio de competencia/competencia no excluye el control judicial sobre lo decidido por los árbitros acerca de la competencia, sino que la resolución de los árbitros ha de ser previa a cualquier intervención judicial, por lo que cualquier acción para que los jueces se pronuncien sobre el mismo tema no debería suspender el arbitraje[73].

Adviértase que, en general, se admite que los tribunales arbitrales puedan resolver sobre su competencia regla *kompetenz-kompetenz* o principio de competencia de la competencia, ya por vía de excepción, de modo previo emitiendo un laudo parcial sobre el punto o diferir su consideración

70. *Cfr.* CNCom., sala E, 26/9/1988 en LL 1989-E-304, cit. En *Camuzzi Argentina S.A. c/ Sodigas Sur S.A. s/ Sumario*, CNCom., sala A, 27/08/1999.
71. *"El acuerdo arbitral es independiente del contrato del que forma parte o al cual se refiere. La nulidad o extinción del contrato, no implica necesariamente la del acuerdo arbitral". Causa 2553/10 -I- "Smit International Argentina SA c/ Puerto Mariel SA s/ Tribunal Arbitral" Juzgado nº 4, Secretaría nº 8 Buenos Aires, 1 de marzo de 2011.*
72. *Cfr.* C. Colomb y C. Kiper, "*Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Anotado y Comentado"*, tomo VI, La Ley, 2006, comentario al Art. 742, p. 703; M. E. Uzal, *"Solución de controversias en el comercio internacional"*, ed. Ad-Hoc, 1992, p. 64; R. Caivano, "*El control judicial en el arbitraje. Apuntes para una futura reforma de la legislación argentina"*, La Ley 2008-D-1274 y ss.
73 . J. C. Rivera, *El Arbitraje en Argentina a través de la jurisprudencia de su Corte Suprema,* Academia Nacional de Derecho 2007 (agosto) 01/01/2007, 1; AR/DOC/3048/2007.



para el laudo definitivo[74]. Cabe señalar que el hecho de plantear la incompetencia a los propios árbitros *por vía de excepción* no implica resignar posibilidades o medios de control judicial, aunque los árbitros desestimen la excepción: si declaran su competencia mediante un laudo interlocutorio, *esa resolución usualmente es recurrible ante el juez del lugar del arbitraje (Art. 16.3 Ley Modelo de CNUDMI)* y los tribunales arbitrales suelen conceder el recurso directo aunque no esté previsto en las reglas del procedimiento aplicable por estimarlo una práctica recomendable; si deciden la cuestión en el laudo definitivo, cabe al excepcionante la posibilidad de solicitar su revisión judicial mediante el recurso de nulidad contra el laudo. Adicionalmente, en uno o en otro caso, la cuestión podrá replantearse, cualquiera haya sido la decisión judicial previa, como argumento para resistir el reconocimiento del laudo en la instancia del *exequatur.*

2.6. Medidas cautelares

El artículo 1655 atribuye a los árbitros la facultad de adoptar, a pedido de cualquiera de las partes, las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio[75].

Curiosamente el artículo 753 del CPCCN prohíbe expresamente a los árbitros dictar medidas compulsorias y de ejecución, debiendo el panel arbitral, según el texto del citado artículo, recurrir a la autoridad judicial estatal para obtener la ejecución compulsoria. No compartimos este criterio y compartimos parcialmente el del CCyC, pues, si bien faculta a los tribunales arbitrales a dictar medidas cautelares, exige que sean ejecutados por la justicia.

---

74. Las decisiones judiciales que favorecen la "competencia de la competencia" de los árbitros aun si la validez o existencia del contrato que contiene la cláusula arbitral ha sido impugnada son los siguientes: Corte Suprema, *"Otto Franke y Cía. v. Provincia de Buenos Aires s/Constitución de Tribunal Arbitral"*, (1918), Fallos, t. 128, p. 402; Cámara Federal, "*Shore, León c. La Inmobiliaria (Cía. de seguros)"*, Gaceta del Foro, VII, (marzo-abril 1922), ps. 95-96; CNCom., sala B, july 28, 1954: "*Peruzzoti, Arturo A. c. Asociación Argentina de Aves, Conejos y Abejas*", Rev. LA LEY, t. 76, ps. 324-327; CNCom., 31 de julio de 1948: *"Corporación Cementera Argentina (S. A.) c. Cía. Argentina de Motores Deutz Otto Legítimo S. A.",* Rev. LA LEY t. 52, pp. 23-39. Véase H. A. Grigera Naón, *"El arbitraje comercial en el derecho argentino interno e internacional privado"*, Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 163 (1982), ps. 115-134; 117-18; L. Palacio, *"Derecho Procesal Civil"*, ps. IX (1988), p. 116. En contra: CNCom., sala B, july 30, 1965: *"Hadra y Cía., S. A., Pablo c. Ferriarini, Dardo"*, Rev. LA LEY 120, pp. 322-325; CNCom., sala B, 30 de setiembre de 1965: *"Cimic (Soc. de Resp. Ltda.) c. Silva, Ricardo B."*, Rev. LA LEY t. 82, pp. 402-404. *"Atorrasagasti A. G. c. Mottide Piazza, R. A. y otros"*, Rev. LA LEY, t. 91, pp. 59 y siguientes; todos ellos citados por H. A. Grigera Naón, ob.cit. nota 6).
75. Art. 1655.- Dictado de medidas previas. Excepto estipulación en contrario, el contrato de arbitraje atribuye a los árbitros la facultad de adoptar, a pedido de cualquiera de las partes, las medidas cautelares que estimen necesarias

Hubiéramos preferido una redacción más moderna, como la del artículo 48 de la Ley Peruana de Arbitraje, donde el tribunal arbitral está facultado para ejecutar, a pedido de parte, sus medidas cautelares, salvo que, a su sola discreción, considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública.

Los tribunales arbitrales, en general y salvo disposición en contrario, tienen reconocida competencia para disponer medidas cautelares, pero carecen de fuerza coactiva de poder e *imperium* para ejecutar la cautelar que hayan dispuesto[76]. Por ello, el artículo 1655 establece que la intervención de los jueces se ceñirá prácticamente a ejecución de las medidas dispuestas por los árbitros, a disponer las que afecten a terceros, y a asistirlos para el cumplimiento coactivo de los actos que así lo requieran. Desde nuestro punto de vista la autoridad judicial no tiene competencia para interpretar el contenido ni los alcances de la medida cautelar.

Ello es así conforme a lo dispuesto en el artículo 19 del Acuerdo de Arbitraje del MERCOSUR[77] y al artículo 17.h.1. de la ley Modelo de la CNUDMI, sólo que en éste último caso desarrolla toda una serie de procedimientos y establece reglas de conducta con relación a estas medidas.

2.7. La remisión al arbitraje. La revisión judicial

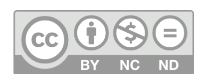
El artículo 1656[78] dispone la obligación de las partes de remitir el conflicto a arbitraje, excluyendo a los tribunales judiciales. No es en realidad novedosa la norma pues el ordenamiento positivo argentino –a través

respecto del objeto del litigio. Los árbitros pueden exigir caución suficiente al solicitante. La ejecución de las medidas cautelares y en su caso de las diligencias preliminares se debe hacer por el tribunal judicial. Las partes también pueden solicitar la adopción de estas medidas al juez, sin que ello se considere un incumplimiento del contrato de arbitraje ni una renuncia a la jurisdicción arbitral; tampoco excluye los poderes de los árbitros. Las medidas previas adoptadas por los árbitros según lo establecido en el presente artículo pueden ser impugnadas judicialmente cuando violen derechos constitucionales o sean irrazonables.

76. La convención arbitral inviste a los árbitros de competencia exclusiva sobre el litigio de las partes, aunque, gozan de una competencia estricta y por ende no son autosuficientes, puesto que carecen de la facultad de imponer coactivamente las soluciones a las que arriban y de allí la necesidad de la complementación, cooperación o colaboración por parte del tribunal estatal (CNCom., Sala B, Expediente Nro. 25008/2011 -*"Pluris Energy Group Inc. (Islas Virgenes Britanicas Y Otro C/ San Enrique Petrolera S.A. Y Otros S/ Organismos Externos",* Del 21/04/2014).

77. "Las medidas cautelares podrán ser dictadas por el tribunal arbitral o por la autoridad judicial competente…".

78. Art. 1656. -Efectos. Revisión de los laudos arbitrales. El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado y excluye la competencia de los tribunales judiciales sobre las controversias sometidas a arbitraje, excepto que el tribunal arbitral no esté aun conociendo de la controversia, y el convenio parezca ser manifiestamente nulo o inaplicable. En caso de duda ha de estarse a la mayor eficacia del contrato de arbitraje. Los laudos arbitrales que se dicten en el marco de las disposiciones de este Capítulo pueden ser revisados ante la justicia competente por la materia y el territorio



de la ratificación de la Convención de Nueva York, más precisamente lo dispuesto en su artículo II.3.– ya tenía reconocida esta disposición *pro arbitri*[79].

Según el citado artículo los laudos arbitrales pueden ser revisados cuando se invoquen causales de nulidad, total o parcial, por lo que, conforme a la acertada doctrina y jurisprudencia en la materia. El recurso de nulidad no es renunciable.

En consecuencia, la intervención judicial durante el procedimiento arbitral tiene carácter de excepción, encontrándose netamente limitada a las funciones de asistencia y colaboración citadas[80]. Ésta ha sido también la posición adoptada por la mayoría de las legislaciones modernas, tales como la *Arbitration Act* inglesa, la Ley Alemana de 1998, la Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado, la Ley Sueca de 1999 y la nueva Ley Española[81].

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia argentina ha resuelto que la administración privada de justicia que implica el arbitraje no es ajena a cierto control judicial, el cual no es susceptible de ser suprimido totalmente, en razón de una exigencia que surge de objetivos constitucionalmente asumidos como el de "promover la justicia" y también de las garantías de la defensa en juicio y de la propiedad y de la ejecutoriedad equivalente a la de una sentencia judicial que el Estado dispensa –cumplidos ciertos recaudos– a los laudos arbitrales. A todo evento, la mayor o menor amplitud del control judicial depende de la misma voluntad que dio origen al arbitraje: de máxima extensión, si las partes cuentan con el recurso de apelación por no haber

cuando se invoquen causales de nulidad, total o parcial, conforme con las disposiciones del presente Código. En el contrato de arbitraje no se puede renunciar a la impugnación judicial del laudo definitivo que fuera contrario al ordenamiento jurídico.

79. El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.

80. La citada autonomía se profundiza aún más en el caso de los arbitrajes internacionales institucionales, en los cuales las entidades administradoras suplen casi todas las funciones judiciales, a excepción de aquéllas que requieren del *imperium* del cual carecen los árbitros.

81. Ver *Arbitration Act*, art. 1.c. Similar orientación siguen la Ley Alemana de 1998 (Art. 1032), la Ley Federal suiza de Derecho Internacional Privado (Art. 7), la Ley Sueca de 1999 (Art. 4) y la nueva Ley Española (Art. 7). Ver S. Jarvin, *To What Extent are Procedural Decisions of Arbitrators subject to Court Review?, en Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention,* ICCA Congress Series No. 9, p. 366.

renunciado a él o limitado a ciertos ámbitos eminentemente formales en el supuesto de que los contratantes hayan renunciado a aquella apelación y solo dispongan del recurso de nulidad del laudo arbitral[82].

En esta línea, cabe examinar los supuestos que justifican un planteo de nulidad. Ello ocurre:

a) cuando existe falta esencial de procedimiento, es decir, cuando media un quebrantamiento de principios a punto tal que se evidencie una verdadera inexistencia del debido proceso;

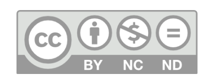
b) cuando se ha fallado fuera de plazo: ello conlleva la pérdida de la jurisdicción arbitral, salvo que la demora hubiera sido consentida expresa o tácitamente por las partes;

c) el pronunciamiento recaído sobre puntos no comprometidos: debe ser entendido como una transgresión al principio de congruencia en el aspecto objetivo, lo cual también es invocable cuando el laudo omite decidir alguna cuestión esencial incluida en el compromiso (*citra petita*), o resuelve temas extraños a las cuestiones litigiosas sometidas por las partes (*extra petita*).

Finalmente, también se configura un supuesto de nulidad ante decisiones incompatibles entre sí en su parte dispositiva: cuando un laudo contiene –en el mismo acto– fundamentos contradictorios, de los cuales se desprende una ineficacia intrínseca que impide su ejecución, e invalida el acto arbitral.

Ahora bien, no se entiende realmente la incorporación que hizo la Comisión Bicameral del Congreso respecto a la revisión de los laudos arbitrales. El último párrafo del artículo 1656 es desconcertante: "En el contrato de arbitraje no se puede renunciar a la impugnación judicial del laudo definitivo que fuera contrario al ordenamiento jurídico". De esta manera el legislador desconoce la validez de la renuncia a la impugnación judicial que se hayan pactado en el acuerdo arbitral.

82. CSJN, 17/11/94, C. 950. XXIV. "*Color S.A. c. Max Factor Sucursal Argentina s. laudo arbitral s. pedido de nulidad del laudo*". Fallos 317:1527, voto del juez Boggiano.



La jurisprudencia argentina ha sido clara al resolver que "la mención a que la resolución del tribunal arbitral sería "definitiva e inapelable" importó renunciar al recurso de apelación en los términos autorizados por el Código Procesal en el artículo 741 inc. 5"[83]. Sin embargo, el legislador prefirió adherir a la muy cuestionable y criticada decisión del máximo tribunal argentino en "Cartellone"[84].

Es nuestra opinión que, si pretendemos que Argentina sea una sede atractiva para la práctica del arbitraje internacional, la normativa no debería dejar dudas respecto a que todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes, salvo que hubiere una causal taxativa de revisión del laudo por nulidad, tal como disponen los artículos 55 y 62 de la Ley Peruana de Arbitraje; y artículos 30 y 31 de la ley ecuatoriana.

2.8. Arbitraje Institucional-Ad Hoc

Según el artículo 1657 del CCyC pueden encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a asociaciones civiles u otras entidades nacionales o extranjeras cuyos estatutos así lo prevean. Los reglamentos de arbitraje de las entidades administradoras rigen todo el proceso arbitral e integran el contrato de arbitraje. Adviértase que las partes que deciden acudir al arbitraje pueden elegir entre el arbitraje institucional o el arbitraje *"ad hoc"* o no administrado. En el primer caso, las partes designan a una institución para que administre el arbitraje. En el segundo caso, al elegir el arbitraje *"ad hoc"* (que se nombra para un arbitraje determinado) fuera del marco institucional, el arbitraje es administrado por los propios árbitros.

Así, se da el arbitraje institucional cuando, en el convenio arbitral, las partes acuerdan que el procedimiento arbitral se ajuste a las reglas de una institución cuya finalidad es la de administrar arbitrajes y, por tanto, renuncian a regular por ellos mismos todos o algunos de los aspectos del arbitraje. La institución no decide la disputa, puesto que ésta constituye responsabilidad exclusiva de los árbitros designados por la institución.

83. "CNCom., Sala C, Buenos Aires, 20 de noviembre de 2008, *"Net People Argentina S.A. C. Boca Crece S.A. Y Otro S. Daños y Perjuicios (S. Arbitraje s/ Queja)"*.
84. CSJN (1/6/2004) *"José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c/ Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A. s/ proceso de conocimiento*". En dicho fallo el máximo tribunal argentino resolvió que no puede lícitamente interpretarse que la renuncia a apelar una decisión arbitral se extienda a supuestos en que

Se da el arbitraje *"ad hoc"* cuando las partes acuerdan los diversos aspectos del arbitraje, incluyendo la ley aplicable, las reglas del procedimiento, el método de selección de los árbitros, el idioma, el lugar del arbitraje y las cuestiones a decidir.

El arbitraje es conducido por las partes y el árbitro sin el auxilio de una institución o centro de arbitraje.

Conforme surge de la lectura del citado artículo cabe someterse a las reglas de una institución arbitral sin someterse a la administración de dicha institución.

Consideramos que en caso de falta de designación de una institución arbitral, se entenderá que el arbitraje es *ad hoc.* Entendemos que la misma regla debe aplicarse cuando exista designación que sea incompatible o contradictoria entre dos o más instituciones, o cuando se haga referencia a una institución arbitral inexistente, o cuando la institución no acepte el encargo, salvo pacto distinto de las partes[85].

Tampoco la CCyC aclara que en caso de ser institucional el reglamento aplicable es el vigente al momento de su inicio, salvo pacto en contrario[86].

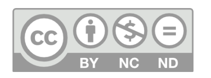
2.9. Los árbitros

Los artículos 1659 al 1665 tratan las reglas relativas a la designación, requisitos, competencia, y obligaciones de los árbitros[87].

---

los términos del laudo que se dicte contraríen el orden público, pues no es lógico prever, al formular una renuncia con ese contenido, que los árbitros adoptarán una decisión que incurra en aquel vicio. Entendió el citado tribunal que la apreciación de los hechos y la aplicación regular del derecho son funciones de los árbitros y, en consecuencia, el laudo que dicten será inapelable en esas condiciones, en cambio, su decisión podrá impugnarse judicialmente cuando sea inconstitucional, ilegal o irrazonable (Fallos: 292:223).

85. Ver artículo 7.3. Ley Peruana de Arbitraje.
86. Ver artículo 7.4. Ley Peruana de Arbitraje.
87. Art. 1659.- Designación de los árbitros. El tribunal arbitral debe estar compuesto por uno o más árbitros en número impar. Si nada se estipula, los árbitros deben ser tres. Las partes pueden acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro o los árbitros.
A falta de tal acuerdo:
a) en el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombra un árbitro y los dos árbitros así designados nombran al tercero. Si una parte no nombra al árbitro dentro de los treinta días de recibido el requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los treinta días contados desde su nombramiento, la designación debe ser hecha, a petición de una de las partes, por la entidad administradora del arbitraje o, en su defecto, por el tribunal judicial;



En lo atinente a la composición del tribunal arbitral el CCyC brinda una adecuada respuesta a tres interrogantes básicos: i) el número de árbitros; ii) la forma en que deberán ser elegidos; y iii) las calificaciones (e inclusive nacionalidades) que deberán ser tomadas en cuenta.

En la selección de los árbitros recae gran parte de la suerte que tendrá el proceso arbitral[88]. Ya sea en un arbitraje *ad-hoc*[89] como en uno institucional[90], las partes deberán prestar debida atención a la calidad de los profesionales que ejercerán la tarea de resolver la disputa.

---

b) en el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro, éste debe ser nombrado, a petición de cualquiera de las partes, por la entidad administradora del arbitraje o, en su defecto, por el tribunal judicial. Cuando la controversia implica más de dos partes y éstas no pueden llegar a un acuerdo sobre la forma de constitución del tribunal arbitral, la entidad administradora del arbitraje, o en su defecto, el tribunal judicial debe designar al árbitro o los árbitros.

Art. 1660.- Calidades de los árbitros. Puede actuar como árbitro cualquier persona con plena capacidad civil. Las partes pueden estipular que los árbitros reúnan determinadas condiciones de nacionalidad, profesión o experiencia.

Art. 1661.- Nulidad. Es nula la cláusula que confiere a una parte una situación privilegiada en cuanto a la designación de los árbitros.

Art. 1662.- Obligaciones de los árbitros. El árbitro que acepta el cargo celebra un contrato con cada una de las partes y se obliga a:

a) revelar cualquier circunstancia previa a la aceptación o que surja con posterioridad que pueda afectar su independencia e imparcialidad;
b) permanecer en el tribunal arbitral hasta la terminación del arbitraje, excepto que justifique la existencia de un impedimento o una causa legítima de renuncia;
c) respetar la confidencialidad del procedimiento;
d) disponer de tiempo suficiente para atender diligentemente el arbitraje;
e) participar personalmente de las audiencias;
f) deliberar con los demás árbitros;
g) dictar el laudo motivado y en el plazo establecido.

En todos los casos los árbitros deben garantizar la igualdad de las partes y el principio del debate contradictorio, así como que se dé a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.

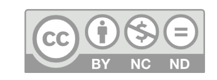
Art. 1663.- Recusación de los árbitros. Los árbitros pueden ser recusados por las mismas razones que los jueces de acuerdo al derecho de la sede del arbitraje. La recusación es resuelta por la entidad administradora del arbitraje o, en su defecto, por el tribunal judicial. Las partes pueden convenir que la recusación sea resuelta por los otros árbitros.

Art. 1664.- Retribución de los árbitros. Las partes y los árbitros pueden pactar los honorarios de éstos o el modo de determinarlos. Si no lo hicieran, la regulación se hace por el tribunal judicial de acuerdo a las reglas locales aplicables a la actividad extrajudicial de los abogados.

88. Un procedimiento arbitral es tan bueno como la calidad de los árbitros que lo conducen. P. Sanders, *Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice*, Kluwer Law International, The Hague, Netherlands, 1999, p. 224.

89. En los procesos arbitrales "libres" o ad-hoc las partes no están sometidos a ningún mecanismo prefijado de administración y control. Las partes tienen, por consiguiente, que determinar las reglas procesales aplicables al caso, sea mediante la incorporación de reglas de procedimiento diseñadas por ellas o adoptando el de alguna ley nacional o reglas "modelo" o "tipo" existentes o autorizando a los árbitros a establecer sus propios procedimientos. Va de suyo que en esta clase de juicios, de producirse cuestiones procesales que las partes no logren solucionar de común acuerdo, además de las que requieran del respaldo del "imperium" judicial, deberá recurrirse para dirimir esas diferencias a la justicia o, donde ello cupiera, a los organismos estatales facultados a esos efectos (J. O´Farrell, *Arbitraje Internacional, solución de futuro*, La Ley 1992-C, 803).

90. Cuando el arbitraje es regulado a través de una institución especializada (por e.j. la Cámara de Comercio Internacional), éstas mismas proveen a las partes de listas de profesionales reconocidos en sus cualidades profesionales y humanas. Estas listas proporcionan mayor seguridad a las partes a la hora de elegir la personas idóneas para



No se mencionan incompatibilidades[91] para ser árbitro y sólo se requiere plena capacidad civil, aunque las partes pueden convenir que los árbitros reúnan determinadas condiciones de nacionalidad, profesión o experiencia (*Cfr.* artículo 1660)[92].

Ahora bien, consideramos evidente que en los casos de arbitraje de derecho los árbitros deben ser abogados, tal como dispone por ejemplo el artículo 3°, último párrafo, de la Ley de Mediación y Arbitraje de Ecuador.

Por su parte, la ley de Arbitraje de Perú[93] establece condiciones para ser árbitro. Por ejemplo, en el arbitraje internacional no se requiere ser abogado y, en el arbitraje doméstico, cuando se solicite la calidad de abogado, éste no debe pertenecer a ninguna asociación o gremio de abogados nacional o internacional[94].

Respecto a la posibilidad que los jueces y funcionarios del Poder Judicial sean nombrados árbitros, nada dispone el CCyC. Se modifica lo dispuesto por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, donde se prohíbe, bajo pena de nulidad, que estos funcionarios públicos acepten el nombramiento de árbitro o amigables componedores, salvo que en el juicio fuese parte la Nación o una provincia (Art. 765). Por su parte, conforme la citada normativa, los árbitros designados por el juzgado podrán ser recusados por las mismas causas que los jueces (Art. 746) y aquellos nombrados de común acuerdo por las partes serán recusados únicamente por causas posteriores al nombramiento. Los árbitros no podrán ser recusados sin causa y sólo serán removidos por consentimiento de las partes y decisión del juez. El procedimiento quedará suspendido mientras no se haya decidido sobre la recusación (Art. 747).

---

asumir la función de árbitro. Inclusive muchas de ellas proporcionan capacitación y entrenamiento a dichos profesionales, ya que en el desempeño de éstos se encuentra depositado el prestigio de la institución. Se entiende por arbitraje institucional aquel administrado por un centro especializado en la materia y sujeto a un reglamento de cuyo cumplimiento se encarga dicha institución (*Cfr.* F. Mantilla Serrano. *La Corte Internacional de la CCI*, La Ley, 1996-D, 1567).

91. Conforme el artículo 14(II). Los funcionarios judiciales, miembros del Poder Legislativo, servidores públicos, funcionarios del Ministerio Público y operadores de bolsa, se encuentran, impedidos de actuar como árbitros, bajo pena de nulidad del laudo, sin perjuicio de la responsabilidad que les pueda corresponder por aceptar una designación arbitral.
92. El artículo 36 de la Ley de Conciliación, Mediación y Arbitraje de El Salvador dispone que no podrán actuar como árbitros quienes tengan con las partes o sus apoderados alguna de las causas de excusa y recusación que establecen las reglas procesales. Tampoco podrán actuar como árbitros los jueces, magistrados, fiscales, diputados de la Asamblea Legislativa, funcionarios públicos y los empleados del Órgano Judicial.
93. Decreto Legislativo N° 1071 de 2008.
94. Decreto Legislativo N° 1071. Artículo 20º- Capacidad Pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen

Ahora bien, según el artículo 1663 los árbitros pueden ser recusados por las mismas razones que un juez de acuerdo a la ley de la sede del arbitraje, debiendo ser resuelta por la institución arbitral o el tribunal judicial, según sea institucional o *ad hoc*.

Todo reglamento de arbitraje establece en qué casos y bajo qué tipo de procedimiento se podrá recusar a un miembro del tribunal arbitral[95]. Si bien resulta imposible enumerar la totalidad de las causales de recusación de árbitros que contemplan los diferentes reglamentos existentes, podemos enunciar las siguientes: a) interés directo en el asunto; b) existencia de una relación económica o subordinación profesional con una de las partes; c) relación anterior de subordinación profesional y/o económica con una de las partes; d) imparcialidad o expresión de opinión previa; y e) actuación como árbitro en procesos similares.

Adviértase que la normativa menciona simplemente que es obligación de los árbitros dictar el laudo en forma motivada y en el plazo establecido. Parece contemplar solamente al laudo final y definitivo y no a los laudos parciales o a la bifurcación de arbitrajes, una práctica muy común en el arbitraje moderno, y que requerirá de tantos laudos parciales como estime necesarios el tribunal arbitral.

---

en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no tengan incompatibilidad para actuar como árbitros. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro. Artículo 21º.- Incompatibilidad Tienen incompatibilidad para actuar como árbitros los funcionarios y servidores públicos del Estado peruano dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad respectivas. Artículo 22º.- Nombramiento de los árbitros 1. En el arbitraje nacional que deba decidirse en derecho, se requiere ser abogado, salvo acuerdo en contrario. En el arbitraje internacional, en ningún caso se requiere ser abogado para ejercer el cargo.

95. Conforme el artículo 12 de la Ley Modelo, la recusación deberá estar motiva en que: 1) La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas; 2) Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación.
Por su parte, el artículo 13 dispone el procedimiento de recusación: 1) Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3) del presente artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros. 2) A falta de tal acuerdo, la parte que desee recusar a un árbitro enviará al tribunal arbitral, dentro de los quince días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la constitución del tribunal arbitral o de cualquiera de las circunstancias mencionadas en el párrafo 2) del artículo 12, un escrito en el que exponga los motivos para la recusación. A menos que el árbitro recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá al tribunal arbitral decidir sobre ésta; 3) Si no prosperase la recusación incoada con arreglo al procedimiento acordado por las partes o en los términos del párrafo 2) del presente artículo, la parte recusante podrá pedir, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de la decisión por la que se rechaza



Deja asimismo dudas respecto a la posibilidad de que un árbitro se niegue a firmar el laudo, donde por lo general las legislaciones más modernas en la materia suelen contemplar que, en caso que haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros o sólo la del presidente, según corresponda, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas[96]. Otras legislaciones, como la boliviana, disponen que el árbitro que se niegue a la firma del laudo será sancionado con la pérdida de sus honorarios, al igual que el árbitro disidente que no fundamente por escrito las razones de su discrepancia o voto particular[97].

La competencia del árbitro se extingue con el dictado del laudo definitivo, salvo en lo referente a resoluciones aclaratorias o complementarias. En ese sentido es similar al artículo 60 de la ley peruana[98].

Nada dispone sobre la responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa inexcusable ya sea de los árbitros como de la institución arbitral, en caso de incumplimiento de las obligaciones a su cargo[99].

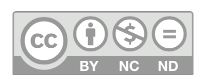
3. Conclusión

A lo largo de esta exposición hemos considerado, en forma introductoria, la normativa que será efectiva a partir del mes de agosto en la República Argentina, mediante la cual entendemos ha sido receptada la actual tendencia a favor de una legislación moderna en materia arbitral,

---

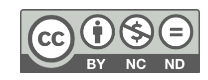
la recusación, al tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6, que decida sobre la procedencia de la recusación, decisión que será inapelable; mientras esa petición esté pendiente, el tribunal arbitral, incluso el árbitro recusado, podrán proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo.

96. Ver sobre particular el artículo 27 de la Ley de Mediación y Arbitraje de Ecuador.
97. Artículo 15(III). Ley 1770.
98. Artículo 60º.- Terminación de las actuaciones. 1. Las actuaciones arbitrales terminarán y el tribunal arbitral cesará en sus funciones con el laudo por el que se resuelva definitivamente la controversia y, en su caso, con las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones del laudo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 67º.
99. Ver sobre el particular el artículo 32 de la Ley Peruana de Arbitraje; el artículo 15(II) de la Ley 1770 de Bolivia y el artículo 40 Ley de Conciliación, Mediación y Arbitraje de El Salvador. Respecto a la responsabilidad que le corresponde a los árbitros, el Art. 31.1. del Reglamento de la London Court of International Arbitration dispone que: "Ningún miembro de la LCIA (incluidos su Presidente, Vicepresidente y miembros individuales), su Secretario o Secretario en funciones, árbitro o perito del tribunal arbitral serán responsables ante ninguna parte de acto u omisión alguna surgida de un arbitraje instruido al amparo de este Reglamento, salvo que la parte afectada demuestre que dicho acto u omisión constituyen un acto ilegal, consciente y deliberadamente cometido por el Organismo o persona que dicha parte considera responsable:"



donde se destaca la limitada intervención judicial en el arbitraje, el principio de autonomía del proceso arbitral y el de *Kompetenz-Kompetenz*. Sin embargo, debemos señalar que la legislación analizada deja algunas dudas respecto a la validez de las renuncias acordadas entre las partes, así como deja de lado el tratamiento de ciertas cuestiones esenciales de las consecuencias del arbitraje, como el proceso de ejecución de laudos arbitrales y los efectos centrales de los laudos (carácter de cosa juzgada, ejecutividad como sentencia, auxilio judicial y recursos posibles).

Dicho esto, es nuestra opinión que es innegable el avance en la decisión política legislativa argentina favorable al arbitraje por medio de la incorporación de normas necesarias para su adecuación a la práctica arbitral.



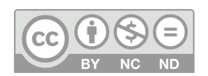
Relación entre el Código Orgánico General de Procesos y el procedimiento arbitral*

*Alvaro Galindo Cardona** y Hugo García Larriva ****

*Las ideas presentadas en este artículo son reflexiones de los autores, realizadas desde una perspectiva abstracta y con un enfoque puramente académico, por lo que no vinculan a sus estudios jurídicos ni a ninguno de sus clientes. Los autores agradecen los valiosos comentarios de Xavier Andrade, Daniela Páez y Oswaldo Santos que han ayudado a mejorar el contenido de este artículo. Por supuesto, no se debe asumir que ellos están de acuerdo con las opiniones aquí contenidas, ni con nuestra expresión de ellas. Para la fácil incorporación en el texto y posterior consulta, todas las direcciones de páginas de internet han sido acortadas usando la aplicación Google Shortener <https://goo.gl>. De igual manera, todas las direcciones de páginas de internet citadas han sido visitadas por última vez el 4/8/2015.

** Profesor de la Universidad de Georgetown y Director de la Maestría en Litigio Internacional y Arbitraje (MLA) de la Universidad San Francisco de Quito. Consejero Internacional en Dechert LLP (Washington D.C.). Licenciado en Ciencias Jurídicas y Doctor en Jurisprudencia por la Universidad Católica del Ecuador, LL.M. por la Universidad de Georgetown.

*** Profesor y Subdirector de la Maestría en Litigio Internacional y Arbitraje (MLA) de la Universidad San Francisco de Quito. Senior Associate en Corral Rosales Carmigniani Pérez (Quito, Ecuador). Abogado por la Universidad San Francisco de Quito, Especialista Superior en Derecho Procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Magíster en Derecho de Empresa por la Universidad San Francisco de Quito y LL.M. en Derecho Internacional por la Universidad de Cambridge.



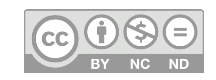
1. Acercamiento a la problemática

En un pasaje de la Eneida, Eneas relata a Dido cómo un artilugio con forma de enorme caballo de madera fue usado por los griegos como una estrategia para introducirse en la ciudad fortificada de Troya. Ahí, frente a la invitación de Timetes para llevar el caballo dentro de los muros, el sacerdote Laocoonte advirtió: "¡Troyanos, no creáis en el caballo! ¡Sea de él lo que fuere, temo a los griegos inclusive en sus regalos!"[1]. Así como Laoconte, muchos académicos y practicantes del arbitraje han visto en los códigos procesales aquel artilugio por el cual el formalismo, ritualismo y rigidez de la justicia ordinaria viene a destruir la eficiencia, eficacia y flexibilidad del arbitraje. Esto, lamentablemente, ha demostrado ser verdad en no pocos casos.

El 22 de mayo de 2015, el Ecuador estrenó un nuevo Código Orgánico General de Procesos (COGEP)[2] –aunque en una etapa de *vacatio legis* en la mayor parte de sus disposiciones[3]–. Este código viene a reemplazar el decimonónico Código de Procedimiento Civil y la maraña de leyes procesales que hacían del litigio en las cortes ecuatorianas un verdadero reto profesional y un suplicio para las partes. La falta de simplicidad y el exagerado ritualismo de los procedimientos colaboraron en el agravamiento del problema del congestionamiento de las causas. Frente a esta realidad, el COGEP es un viento fresco en el sistema procesal ecuatoriano. Se simplifican los procedimientos a unos pocos. El COGEP refuerza el sistema de litigio oral basado en audiencias, pero sobre todo permite un litigio moderno. Muchas de sus disposiciones van a tono con la práctica actual del arbitraje, por ejemplo, el uso de videoconferencia en la realización de diligencias (incluso testimoniales)[4], el uso de mecanismos electrónicos para la recepción de documentos y para la conservación de los archivos[5], peritos de parte[6], careo de testigos y peritos[7], etcétera.

Es en este contexto que resulta relevante el revisar cuál es la relación que guarda el COGEP con el arbitraje. Para estos efectos, por consideraciones de

1. Virgilio, *La Eneida*, Libresa, 1990, p. 83.
2. Código Orgánico General de Procesos (COGEP), R.O. Supl. No. 506, 22/5/2015.
3. La disposición final segunda del COGEP establece un periodo de vacancia legal de un año para su aplicación. Se exceptúan de esta vacancia legal algunas de sus disposiciones, entre ellas, las que reforman la Ley de Arbitraje y Mediación.
4. COGEP, Arts. 4, 174, 192, Nota 2.
5. COGEP, Arts. 115, 116, 117, 119, 202, Nota 2.
6. COGEP, Arts. 225, 226, Nota 2.
7. COGEP, Art. 222, Nota 2.

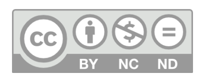


orden metodológico, hemos decidido restringir el objeto de estudio al arbitraje comercial local, salvo en lo que respecta al reconocimiento y ejecución de laudos internacionales y a la ejecución de medidas cautelares ordenadas por tribunales arbitrales internacionales. Así, el presente artículo [2] establecerá un marco teórico general que establece la tesis de este trabajo sobre la relación entre el COGEP y el procedimiento arbitral; luego analizará [3] las normas del COGEP que son directamente aplicables dentro del proceso arbitral por disposición de la LAM, [4] las normas del COGEP aplicables al proceso arbitral de manera supletoria, y, por último, [5] los procedimientos del COGEP que son auxiliares al procedimiento arbitral.

2. Relación entre el COGEP y el procedimiento arbitral

La relación entre las normas que rigen los procesos en la justicia ordinaria y las normas que rigen el proceso arbitral no ha sido del todo pacífica[8]. En términos generales, el acercamiento a esta temática ha estado marcado por la visión con la que cada persona se ha aproximado al arbitraje. Así, litigantes que se sienten cómodos con los rituales y procedimientos de la justicia ordinaria, tienden a considerar que la normativa que rige los procesos ordinarios es directamente aplicable a los procedimientos arbitrales. No es poco común entre este grupo que, ante un desvío de la normativa procesal ordinaria, de manera firme y vehemente, se aleguen catástrofes constitucionales y nulidades procesales. Otros, por el contrario, rechazan de manera tajante la aplicación en el arbitraje de la normativa procesal que rige los procedimientos de la justicia ordinaria. Quienes lo ven así son, generalmente, litigantes que han recibido instrucción formal en la materia o que han tenido experiencia o contacto con prácticas internacionales. Muchos otros, guiados por un pragmatismo férreo, se encuentran entre una y otra posición. Admiten grados –mayores o menores– de flexibilidad pero siempre manteniendo un pie en la "seguridad" de los procedimientos ordinarios.

8. Ver C. Coronel Jones, "Arbitraje y Procedimiento", *Iuris Dictio*, No. 11, USFQ, 2007, pp. 37-41; F. Vidal Ramírez, "La supletoriedad de las leyes de arbitraje", en C. Soto Coaguila (Dir.), *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Instituto Peruano de Arbitraje, 2008, pp. 87-90; J. Santiestevan de Noriega, "Arbitraje y proceso civil, ¿vecinos distantes?: el debido proceso en sede arbitral", *Ius et Veritas,* No. 32, 2008, pp. 38-58; A. Bullard González, "¿Es un arbitraje un juicio?", en C. Soto Coaguila (Dir.), *El Arbitraje en el Perú y el Mundo,* Instituto Peruano de Arbitraje, 2008, 145-156.

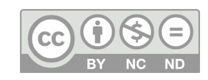


En realidad, la relación entre las normas que rigen la justicia ordinaria y las normas que rigen los procedimientos arbitrales no debería ser ni tan complicada ni tan accidentada. Por el contrario, un mejor entendimiento del arbitraje nos llevará a concluir que el procedimiento arbitral en el Ecuador es autónomo aunque no necesariamente *autocontenido*[9].

2.1. Autonomía del procedimiento arbitral

Es autónomo, pues el procedimiento arbitral tiene una naturaleza negocial con efectos jurisdiccionales[10] que, en principio, no depende de la normativa procesal de la justicia ordinaria. Así, son las partes las que pueden pactar, directamente o por referencia, las reglas del arbitraje, incluyendo aquellas que regulen la práctica de la prueba[11]. Esta naturaleza le da al arbitraje ciertos tintes de un orden espontáneo. Un orden espontáneo –siguiendo a Hayek– es un tipo de estructura social a partir de la interacción libre de personas interesadas en su propio bienestar cuya intención no es la de crear un orden[12]. Un orden espontáneo no se crea a partir de la planificación. Nadie lo crea, pero a su vez todos la crean. El arbitraje es, en términos generales, producto de la interacción, que, por oposición al sistema jurisdiccional planificado, crea reglas y mecanismos procesales, con una aparente diversidad de origen, que produce resultados satisfactorios, certeros y predecibles[13]. Aquellas normas que generen previsibilidad, certeza y satisfacción perdurarán y gozarán de determinada *opinio necessitatis*

9. Por régimen *autocontenido* nos referimos a un sistema legal cerrado y absolutamente autónomo del resto de normas y ordenamiento jurídico. Ver B. Simma, "Self-contained regimes", *Neetherlands Yearbook of International Law*, Vol. 16, 1985, p. 111-136; B. Simma y D. Pulkowski, "Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law", *The European Journal of International Law*, Vol. 17 (3), 2006, 483-529.
10. "Art. 38.- El arbitraje se sujetará a las normas de procedimiento señaladas en esta Ley, al procedimiento establecido en los centros de arbitraje, al determinado en el convenio arbitral o al que las partes escojan, sin perjuicio de las normas supletorias que sean aplicables". Ley de Arbitraje y Mediación (LAM), R.O. No. 417, 14/12/2006. Ver además, A. Serrano Puig, "La autonomía de la voluntad en el convenio arbitral: alcance y limitaciones. El caso ecuatoriano", en C. Soto (Dir.) *Tratado de Derecho Arbitral: El Convenio Arbitral*, Tomo I, Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, 541-582.
11. Es premisa de este artículo que, en ausencia de acuerdo de las partes sobre un determinado tema procesal, los árbitros pueden decidir qué norma de procedimiento adoptar. Si bien el analizar la fuente de las facultades procesales de los árbitros es un tema importante e interesante, cae fuera del espectro de este artículo. Para efectos del mismo, independiente de la fuente de esta facultad, se asume que tal facultad existe. Ver, C. Coronel, Nota 8, p. 38; F. González de Cossío, *El Árbitro*, Porrúa, 2008, pp. 43-49.
12. F. A. Hayek, "Los principios de un orden social liberal", *Estudios públicos,* No. 6, 1982, p. 179-202; F. Sosa Valle, "El concepto hayekiano de orden espontáneo", *Revista de Instituciones, Ideas y Mercados*, No. 49, Octubre 2008, pp. 188-191
13. C. Coronel Jones, Nota 8, p. 37; A. De Jesús y J. R. Ferris, *The New World Order Of Economic Relations In The Light Of Arbitral Jurisprudence*, Position paper at the Beaune Meeting, 27/09/2014; A. Bullard, "El arbitraje nacional en el Proyecto de Reforma de la Ley General de Arbitraje", en M. Castillo Freire, *Compilación de ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007*, Tomo 2, Vol. 6, Estudio Mario Castillo Freire, 2008, p. 364.

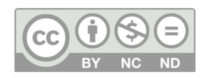


en la comunidad arbitral[14]; aquellas que no, serán reemplazadas por otras más eficientes y así sucesivamente[15]. Si entendemos al Derecho como un complejo fenómeno social que incorpora unas reglas últimas de reconocimiento que establecen los criterios por medio de los cuales cada comunidad decide si una determinada regla es parte de su derecho, y admitimos –como lo sostiene Hart[16]– que existen fuentes sociales de Derecho, estas reglas destiladas de la interacción entre individuos de la comunidad arbitral, podrían ser consideradas como normas jurídicas y no como meros usos[17]. Es más, al parecer este es el caso bajo el artículo 38 de la LAM[18]. El que exista un reconocimiento expreso –y por lo tanto autorización– en la ley de la existencia de este proceso de creación espontáneo de reglas implica que, al menos en el Ecuador, este proceso normativo no sucede al margen del ordenamiento jurídico, sino por el contrario, se da dentro y con referencia al mismo. Ahora claro, nada impide que estas normas estén configuradas para no ser vinculantes[19]. Ejemplos de esto hay muchos, entre los cuales podemos

---

Ver, en general, J. Karton, *The Culture of International Arbitration and The Evolution of Contract Law*, Oxford University Press, 2013.

14. Véase, por ejemplo, las recientes reformas normativas en la mayoría de las más importantes instituciones arbitrales para la inclusión del árbitro de emergencia (Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, la Corte de Arbitraje Internacional de Londres, el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur, el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, entre otros).
15. A. Bullard presenta una interesante explicación económica sobre este punto: "Si un mercader acepta en su contrato una regla ineficiente o excesivamente costosa, perderá capacidad de competir, pues sus costos de participar en el mercado serán mayores a los de sus competidores que fueron capaces de tener una mejor regla. De la misma manera un comerciante que tiene sus operaciones comerciales sujetas a las cortes ordinarias asumirá los costos que ello implica en relación a otro comerciante que somete todas sus operaciones al arbitraje. El resultado es que el último tendrá una ventaja competitiva sobre el primero, que le permitirá desplazar a su rival en el mercado. Así, se prefiere identificar reglas que imponen menos costos a la actividad económica generando a su vez confianza, lo que a su vez conduce a una uniformización contractual hacia las reglas más eficientes. De la misma manera, como los consumidores escogen productos más baratos y de mejor calidad, los comerciantes escogen reglas baratas de aplicar y adecuadas para el intercambio. Y las reglas del arbitraje, esas que nacen espontáneamente, son reglas baratas y adecuadas para el intercambio". A. Bullard, Nota 13, p. 370.
16. En el positivismo metodológico de Hart, para que el derecho exista debe haber alguna forma de práctica social que incluya a los jueces y a los ciudadanos ordinarios, y esta práctica social determina lo que en cualquier sistema jurídico dado son las fuentes últimas del derecho o criterios últimos de validez jurídica. A. Hart, "El nuevo desafío al positivismo jurídico", *Sistema: Revista de ciencias sociales*, No. 36, 1980, p. 5. Los autores no necesariamente se suscriben a la corriente positivista del Derecho, sin embargo la han usado con el fin de demostrar que aun bajo ésta el argumento es válido. Uno podría arribar a la misma conclusión a través del realismo jurídico o alguna otra teoría de Derecho (Ver en general S. Robin Letwin, *On the History of the Idea of Law*, Cambridge University Press, 2005).
17. Ahora bien, alguien puede válidamente cuestionar la relevancia o no de que las normas procesales en arbitraje sean categorizadas o no como normas jurídicas. De hecho alguien puede abogar por la existencia de sistemas de normas fuera del sistema legal que cumplen la misma -o quizás de mejor manera- función de regular las conductas de los individuos. Ver por ejemplo, L. Bernstein, "Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in The Diamond Industry", *The Journal of Legal Studies,* Vol. 21 (1), 1992, pp. 115-157. En general B. L. Benson, *The Enterprise of Law: Justice without the State,* The Independent Institute, 2011.
18. LAM, Art. 38, Nota 10.
19. De hecho las reglas no vinculantes pueden estar diseñadas para que su aplicación se dé únicamente por inclusión de las partes (*opt in*), o que estas se apliquen salvo exclusión de las partes (*opt out*).



mencionar a las "Reglas de la *International Bar Association* (IBA) sobre la Práctica de la Prueba en el Arbitraje Internacional"[20], el *"Redfern Schedule"*[21] para la solicitud de exhibición de documentos, el *"Reed Schedule/Retreate"*[22] para las deliberaciones de los tribunales, el *"Scott Schedule"*[23] para la determinación del *thema decidendum* y posiciones en materia de daños, entre otros[24].

Recapitulando, el arbitraje, al estar fundamentado en la autonomía de la voluntad, permite que las partes pacten y diseñen reglas que más convengan a su particular relación. Esta interacción entre las partes tiene características similares a las de un orden espontáneo: la ausencia de planificación, de rigidez y de inmutabilidad. Este proceso permite a la comunidad arbitral beneficiarse de reglas predecibles, certeras y eficaces que son susceptibles de mejoramiento y adaptación a nuevas circunstancias. Este proceso espontáneo encuentra reconocimiento en el artículo 38 de la LAM[25]. Así, por oposición al orden planificado del proceso civil, el proceso arbitral es autónomo y, para preservar esta naturaleza, en principio, las normas procedimentales de los juicios ordinarios no le son aplicables.

2.2. ¿Un sistema *autocontenido?*

Afirmamos que las normas procedimentales no son aplicables al arbitraje "en principio", pues el procedimiento arbitral bajo la legislación ecuatoriana no es necesariamente *autocontenido*[26]. Por expresa disposición de la LAM, existen determinadas actividades que se rigen por las disposiciones que gobiernan la justicia ordinaria. En ausencia de estas referencias expresas en la misma LAM, el COGEP no es directamente aplicable a los procedimientos arbitrales. El COGEP podría ser aplicado de manera subsidiaria al procedimiento arbitral cuando las partes o los árbitros así lo consideren

20. IBA, *Reglas de la International Bar Association (IBA) sobre la Práctica de la Prueba en el Arbitraje Internacional,* <http://goo.gl/0IQMkI>.
21. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), *Redfern Schedule,* <https://goo.gl/aPvDJo>.
22. L. Reed, The Kaplan Lecture 2012: Arbitral Decision-making: Art, Science or Sport?, <http://goo.gl/OG3ccx>.
23. K&L Gates y Navigant, *Use of the "Scott Schedule" to Expedite the Resolution of Quantum Issues*, <http://goo.gl/ePkdDd>. Es interesante que este esquema haya sido importado al arbitraje del litigio ordinario dentro de las cortes inglesas.
24. Otros ejemplos pueden ser el *Sachs Protocol* y el *Kapaln Opening*.
25. LAM, Art. 38, Nota 10.
26. Aunque bien pudiera serlo, sin embargo eso es una discusión sobre cómo la ley debería ser y no cómo la ley es o cómo debería ser interpretada.

oportuno, siempre y cuando no contravenga la naturaleza del arbitraje[27]. Sin embargo, este último escenario no es distinto del mismo ejercicio de la autonomía de la voluntad que las partes tienen para escoger cualquier otro tipo de norma procesal, salvo que en este caso, la norma escogida –COGEP– sería aquella que naturalmente no pertenece al arbitraje.

2.3. Auxilio jurisdiccional

El COGEP y el arbitraje también guardan otro tipo de relación. Nos referimos a los procedimientos que son auxiliares al procedimiento arbitral. En este caso ya no nos preguntamos por aquellas disposiciones del COGEP que le son aplicables al arbitraje, sino por aquellas disposiciones que sirven de complemento o auxilio al procedimiento arbitral. Algunas de ellas son, por ejemplo, la ejecución de laudos arbitrales y medidas cautelares, o la homologación de laudos internacionales.

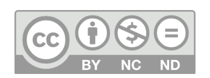
Así, como conclusión general sobre la relación entre el COGEP y el procedimiento arbitral, podemos decir que: [1] el procedimiento arbitral es autónomo y se rige por la voluntad de las partes, y, en consecuencia de lo anterior, [2] el COGEP no se aplica directamente al arbitraje, [3] salvo en aquellos casos en los cuales la LAM hace expresa referencia al mismo. De igual manera, [4] el COGEP establece algunos procedimientos que sirven de auxilio jurisdiccional a los procedimientos arbitrales.

3. Normas del COGEP aplicables dentro del proceso arbitral por disposición de la LAM

Como se explicó anteriormente, la relación entre el COGEP y la LAM gira en torno a aquellas disposiciones del primero, que, por expreso mandato de la segunda, le son aplicables al proceso arbitral[28], como son [3.1.] los requi-

27. Un interesante reflejo de este principio lo encontramos en el artículo 52 del Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana (Reglamento AMCHAM) <http://goo.gl/FmYhUI>: "Art. 52.- Las normas de procedimiento que rijan el arbitraje ante este Centro serán las señaladas en la Ley de Arbitraje y Mediación, las establecidas en el presente reglamento y supletoriamente, en lo que no contravenga las normas y principios del arbitraje, las del Código de Procedimiento Civil, y en este último caso, en los procesos en Derecho".

28. Conforme a lo dispuesto por la Disposición Reformatoria Primera del COGEP, toda referencia hecha al Código de Procedimiento Civil (CPC) debe entenderse hecha al COGEP, una vez que éste entre en vigencia. Como se mencionó *supra,* las normas del COGEP que modifican a la LAM están en vigencia desde su publicación en el Registro Oficial.



sitos que deben observar la demanda, contestación a la demanda, reconvención y contestación a la misma; y, [3.2.] las causales y procedimiento de excusa y recusación de los árbitros.

3.1. Requisitos de la demanda, contestación a la demanda, reconvención y contestación a la reconvención

Una característica peculiar del arbitraje administrado ecuatoriano es que contempla dos etapas procesales: una previa que se sustancia ante el Director del centro de arbitraje y una posterior que se desarrolla ante el tribunal arbitral. Esta división ha traído algunas complicaciones y preguntas que, generalmente, están relacionadas con la naturaleza jurídica de las funciones de un director de un centro de arbitraje[29]. Al margen de esta discusión, una de las facultades más importantes que tiene el director de un centro es la de recibir y calificar tanto la demanda y la reconvención como sus respectivas contestaciones[30]. En contraste, para el caso de arbitrajes independientes, serán los árbitros seleccionados por las partes aquellos que llevarán a cabo esta misma función[31]. Así, lo primero que deben hacer, tanto el director del centro de arbitraje como los árbitros independientes, es verificar que la demanda, la contestación a la demanda, la reconvención y la contestación a ésta, cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 10 de la LAM.

De manera residual, la LAM también exige que la demanda cumpla con los demás requisitos que la ley exija para cada caso y que, además, se cumplan con los requisitos señalados en el artículo 142 del COGEP. Muchos de los requisitos establecidos en esta norma coinciden con los enumerados en el artículo 10 de la LAM, por lo que sólo mencionaremos aquellos que se adicionan. Estos son:

29. La doctrina que ha analizado el tema ha concluido que, por la naturaleza y efectos de sus actos, los directores ejercen jurisdicción limitada, conocida como "jurisdicción de sustanciación". A diferencia de Colombia donde fue declarada inconstitucional esta facultad de los directores por haber la constitución colombiana otorgado jurisdicción únicamente a los árbitros -Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C 1038 expedida el 28 de noviembre de 2002, <http://goo.gl/0n5P98>-, en Ecuador constitucionalmente se reconoce al arbitraje conforme las disposiciones de la Ley, y ésta otorga esas facultad a los directores de los centros. Ver J. F. Guerrero, "¿Caben las medidas cautelares constitucionales en contra de un proceso arbitral?", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje 2011*, Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, 2012, pp. 113-126.

30. "Art. 10.- La demanda se presentará ante el director del centro de arbitraje correspondiente o ante el árbitro o árbitros independientes que se hubieren establecido en el convenio […]"; "Art. 11.- Presentada la demanda, el director del centro de arbitraje, o si fuere el caso, el árbitro o árbitros independientes previa su posesión conforme lo establecido en el artículo 17, calificarán la demanda […]". LAM, Arts. 10 y 11, Nota 10.

31. Ibídem.

1. Se debe indicar los nombres y apellidos completos, número de cédula de identidad o ciudadanía, pasaporte, estado civil, edad, profesión u ocupación, dirección domiciliaria y electrónica de la o del actor, casillero judicial o electrónico de su defensora o defensor público o privado. Cuando se actúa en calidad de procuradora o procurador o representante legal se hará constar también los datos de la o del representado.

2. Se debe indicar la dirección electrónica donde se deba citar al demandado, si se conoce.

3. Se debe acompañar la nómina de testigos con indicación de los hechos sobre los cuales declararán y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias probatorias, tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos[32] y otras similares.

4. Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, con indicaciones precisas sobre el lugar en que se encuentran y la solicitud de medidas pertinentes para su práctica.

Ahora, con referencia a la calificación de la demanda y reconvención, un tema que particularmente ha generado problemas ha sido la determinación de la cuantía –con su correspondiente consecuencia en los costos del arbitraje–. En la práctica se cometen muchos errores al instante de determinar la cuantía, algunos de ellos con fatales consecuencias al momento de resolver la causa. El artículo 144 del COGEP trae algunas luces al respecto –que existían ya desde el anterior código–. El artículo establece que para la determinación de la cuantía se deberán observar las siguientes reglas:

1. Se deberán tomar en cuenta los intereses líquidos del capital, los que estén pactados en el documento con que se proponga la demanda y los frutos que se han liquidado antes de proponerla.

32. Este es un cambio sustancial, pues implica que el sistema ha cambiado de peritos del tribunal a peritos de parte, y, en efecto, estos informes ahora deben prepararse con anterioridad a la demanda y deben ser adjuntados a la misma.

2. Cuando la demanda verse sobre derechos de valor indeterminado que se refieran a cosas susceptibles de apreciación, se fijará la cuantía atendiendo el precio de las cosas.

3. En los procesos provenientes de arrendamiento, la cuantía se determinará por el importe de la pensión de un año o por lo que valga en el tiempo estipulado, si este es menor.

4. En materia laboral se cuantificará cada una de las pretensiones de la o del actor para establecer la cuantía.

5. La cuantía será indeterminada únicamente cuando trate de asuntos no apreciables en dinero o que no se encuentren previstos en los casos anteriores.

Otro tema donde se debe tener especial atención es el registro que dispone el párrafo quinto del artículo146 del COGEP. Este artículo dispone que, antes de citar al demandado, se debe realizar la "inscripción en el registro correspondiente, de las demandas (léase también reconvenciones) que versen sobre dominio o posesión de inmuebles o de muebles sujetos a registro, así como también de las demandas que versen sobre demarcación y linderos, servidumbres, expropiación, división de bienes comunes y acciones reales inmobiliarias"[33].

Por otro lado, en lo que respecta a la contestación a la demanda –y, por extensión, la contestación a la reconvención– el artículo 11 de la LAM establece que ésta debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 151 del COGEP, que a su vez se remite al artículo 144 del mismo cuerpo normativo donde constan los requisitos de la demanda. Adicionalmente, la contestación a la demanda deberá contener un pronunciamiento expreso sobre cada una de las pretensiones de la parte actora, sobre la veracidad de los hechos alegados en la demanda y sobre la autenticidad de la prueba documental que se haya acompañado, con la indicación categórica de lo que admite y de lo que niega[34]. Deberán además incluirse todas las excepciones contra las pretensiones de la parte actora, con expresión de su fundamento fáctico[35].

33. COGEP, Art. 146, Nota 2.
34. COGEP, Art. 151, Nota 2.
35. Ibídem.

3.2. Excusa y recusación de árbitros

En la actualidad muy pocas personas se atreverían a disputar que parte del derecho a la debida defensa incluye el de ser juzgado por un juez independiente e imparcial[36]. Mucho se ha dicho sobre el alcance de estas definiciones y su contenido[37] y, por más atractivo que resulte el tema, éste excede los objetivos de este artículo. Este acápite, entonces, se centra en los mecanismos que prevé la legislación ecuatoriana para la defensa de este derecho, es decir, la excusa y la recusación de los árbitros. Al respecto, el artículo 21 de la LAM establece que son causas de recusación y excusa de los árbitros aquellas previstas para los jueces[38]. Así, la LAM nos refiere al artículo 22 del COGEP[39] que dispone que los juzgadores pueden excusarse o ser recusados por las siguientes causas:

1. Ser parte en el proceso.

2. Ser cónyuge o conviviente en unión de hecho de una de las partes o su defensora o defensor.

3. Ser pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de alguna de las partes, de su representante legal, mandatario, procurador, defensor o de la o del juzgador de quien proviene la resolución que conoce por alguno de los medios de impugnación.

4. Haber conocido o fallado en otra instancia y en el mismo proceso la cuestión que se ventila u otra conexa con ella.

---

36. "Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: […] 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: […] k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. […]". Constitución del Ecuador, Art. 76(7)(k), R.O. No. 449, 20/10/2008.
37. Por ejemplo, R. Jijón Letort, "La independencia e imparcialidad de los árbitros", *Iuris Dictio*, No. 11, 2007, pp. 26-36; F. González de Cossío, "Independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros", *Jurídica: Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, No. 32, 2002, pp. 459-479; C. Lepervanche M., "Algunos apuntes sobre la independencia e imparcialidad de los árbitros en el arbitraje comercial", *Spain Arbitration Review: Revista del Club Español del Arbitraje*, No. 12, 2011, pp. 25-55; L. M. Escobar Martínez, "La independencia, imparcialidad y conflicto de interés del árbitro", *International Law*: *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, No. 15, 2009, pp. 181-214; F. de Trazegnies Granda, "Conflictuando el conflicto. Los conflictos de interés en el arbitraje", *Lima Arbitration: Revista del Círculo Peruano de Arbitraje,* No. 1, 2006, pp. 163-184. En general, S. Luttrell, *Bias Challenges in International Commercial Arbitration: The need for a 'real danger' test*, Wolters Kluwer, 2009.
38. LAM, Art. 21, Nota 10.
39. COGEP, Art. 22, Nota 2.

5. Retardar de manera injustificada el despacho de los asuntos sometidos a su competencia. Si se trata de la resolución, se estará a lo dispuesto en el Código Orgánico de la Función Judicial.

6. Haber sido representante legal, mandatario, procurador, defensor, apoderado de alguna de las partes en el proceso actualmente sometido a su conocimiento o haber intervenido como mediador.

7. Haber manifestado opinión o consejo que sea demostrable, sobre el proceso que llega a su conocimiento.

8. Tener o haber tenido ella, él, su cónyuge, conviviente o alguno de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con alguna de las partes. Cuando el proceso haya sido promovido por alguna de las partes, deberá haberlo sido antes de la instancia en que se intenta la recusación.

9. Haber recibido de alguna de las partes derechos, contribuciones, bienes, valores o servicios.

10. Tener con alguna de las partes o sus defensores alguna obligación pendiente.

11. Tener con alguna de las partes o sus defensores amistad íntima o enemistad manifiesta.

12. Tener interés personal en el proceso por tratarse de sus negocios o de su cónyuge o conviviente, o de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

Las causales 1, 2, 3, 6, 7[40], 12 no traen, en términos generales, mayores problemas. Sin embargo, existen ciertas causales cuya aplicación al arbitraje produce, al menos teóricamente, algunas dificultades.

40. No debe confundirse esta causal -"[h]aber manifestado opinión o consejo […] sobre el proceso que llega a su conocimiento"- con la causal conocida como conflicto objetivo de intereses -haber expresado una opinión sobre los temas que subyacen al proceso, sin haberse referido expresamente al proceso, causal que, por lo demás, es ampliamente discutida como una real fuente de conflicto de intereses. Ver F. González de Cossío, Nota 11,



Por ejemplo, la causal enunciada en el numeral cuarto, particularmente en lo referente al haber conocido o fallado cuestiones conexas con la causa principal, ¿qué pasaría si las partes deciden designar a un mismo tribunal que ya conoció un arbitraje para que conozca un nuevo proceso arbitral que surge de un contrato coligado? O si las partes designan al mismo tribunal arbitral para que conozca un nuevo conflicto sobre un mismo contrato, ¿el tribunal estaría impedido de hacerlo?

De igual manera, las hipótesis 8 y 10 del mismo artículo nos traen otro problema. El numeral octavo prevé el caso en el cual el árbitro –más ciertas personas relacionadas a él– tenga o haya tenido un proceso con alguna de las partes; y, por su parte, el numeral décimo prevé el caso en el cual el árbitro tenga una obligación pendiente con una de las partes. Supongamos que un árbitro es designado en un caso de incumplimiento contractual, digamos de construcción de obra, donde una de las partes es un municipio; y supongamos que ese mismo árbitro tiene una obligación tributaria pendiente con ese municipio y que está impugnando otra en sede judicial; en base a estos hechos, ¿perdió el árbitro su imparcialidad para juzgar un incumplimiento contractual que deviene de un contrato de construcción de obra?

En esta misma línea, la situación prevista en la causal novena es aun más compleja. La hipótesis normada por el artículo se refiere al hecho de que el árbitro haya recibido de alguna de las partes derechos, contribuciones, bienes, valores o servicios. El problema es evidente, las partes pagan por los servicios de los árbitros, por lo que ellos, consecuentemente, reciben contribuciones o bienes de las partes. ¿Sería posible, por este hecho, recusar a los árbitros? Asimismo, ad absurdum, hipotéticamente ningún árbitro podría ser designado en un caso donde una parte sea un proveedor de servicios públicos del cual el árbitro sea abonado, sin que éste esté incurso en la causal descrita.

En términos generales, pareciese que es impropio a la naturaleza del arbitraje establecer una valoración abstracta y a *priori* de estas circunstancias, presumiendo que ellas entrañan una falta de imparcialidad e indepen-

pp. 72-76; D. H. Hranitzky y E. Silva Romero, "The 'Double Hat' debate in international arbitration", *New York Law Journal*, 14/6/2010; J. Levine, "Dealing with Arbitrator 'Issue Conflicts' in international arbitration", *Transnational Dispute Management*, No. 4, 2008. En general ver S. Luttrell, Nota 37.

dencia de los árbitros per se, sin tener debida cuenta de los hechos específicos del caso en particular. Las causales de recusación antes comentadas del COGEP, deben pasar por un proceso de adaptación al proceso arbitral, con miras a garantizar el derecho a un juez independiente e imparcial[41].

Como último punto sobre las causales aplicables a la recusación y excusa de los árbitros, dos preguntas quedan por ser respondidas. Primero, ¿pueden las partes directamente o por referencia a un reglamento de arbitraje pactar otras causales que no sean las del COGEP? Segundo, ¿pueden las partes renunciar a recusar a un árbitro por una determinada causal? Pareciese que la primera pregunta es más fácil de responder que la segunda, pero, más allá de consideraciones doctrinales, queda aún por ver cómo se pronuncian los árbitros o directores de centros al respecto[42].

Finalmente, nos queda por mencionar que, si bien las causales del COGEP son, en principio, aplicables a la excusa y recusación de los árbitros, el procedimiento establecido por esta misma norma para el trámite de estos procedimientos no le es directamente aplicable. En este sentido, bien pueden los centros de arbitraje normar este procedimiento de manera diferente[43] o, en ausencia de esta normativa, las partes o los árbitros pueden recurrir al procedimiento previsto en el COGEP u otra normativa.

41. Un interesante caso es el de la Recusación al Árbitro Santiago Cuesta donde el tribunal que debía resolver su recusación hizo un ejercicio parecido. Caso Chaparro c. Ecuador: Laudo final y Recusación de Santiago Cuesta, en H. García Larriva, *Gaceta arbitral*, No. 1, 2013. Otro interesante ejemplo lo encontramos en el Art. 72 del Reglamento de AMCHAM que establece que "[c]ualquier árbitro podrá ser recusado de conformidad con lo establecido en el presente Reglamento, la Ley de Arbitraje y Mediación y el Código de Procedimiento Civil en cuanto sus disposiciones le fueren aplicables". Reglamento AMCHAM, Art. 72, Nota 27. Sobre esta disposición es interesante ver lo que resolvió la Directora del Centro de Arbitraje y Mediación de Amcham Quito. En referencia a la causal 10 del artículo 856 del CPCP, ella sostuvo que "[…] a esta Dirección le resulta al menos difícil de concebir cómo esta causal puede ser aplicable dentro de un proceso arbitral […] Un supuesto fenecimiento del encargo arbitral [por vencimiento del término para dictar el laudo] difícilmente podría producir la recusación del [árbitro], pues su efecto se acerca más a la pérdida de la calidad de árbitro […]". Recusación en contra de los árbitros Patrick Barrera Sweeney, Alfredo Corral Borrero y Sasha Madakovic Falconí, Proceso Arbitral No. 4-13, Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana, Decisión de 27 de marzo de 2014.
42. Según el Art. 21 de la LAM las autoridades que resuelven las recusaciones presentadas en contra de los árbitros son el director del centro o los árbitros no comprendidos en la recusación, dependiendo del caso. LAM, Art. 21, Nota 10.
43. Un interesante ejemplo lo encontramos en la Sección II, Capítulo IV del Reglamento de AMCHAM. Reglamento AMCHAM, Nota 27.

4. Normas del COGEP aplicables dentro del proceso arbitral de manera supletoria

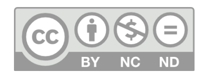
Habíamos establecido antes que el COGEP podría ser aplicado de manera subsidiaria al procedimiento arbitral cuando las partes o lo árbitros así lo consideren oportuno, siempre y cuando no contravenga la naturaleza del arbitraje. También habíamos advertido que este escenario no es distinto del mismo ejercicio de la autonomía de la voluntad que las partes tienen para escoger cualquier otro tipo de norma procesal, salvo que en este caso, la norma escogida sería aquella que naturalmente no le pertenece. En este sentido, el análisis sobre qué normas del sistema ordinario podrían aplicarse supletoriamente al procedimiento arbitral sería infructuoso pues todo dependerá ulteriormente de las partes y del tribunal arbitral.

Sin desmedro de lo anterior, hay una actividad procesal que merece ser analizada. Nos referimos a la citación con la demanda por dos motivos importantes. En primer lugar, la jurisprudencia en materia de nulidad de laudos arbitrales ha entendido que la citación debe realizarse de conformidad con las normas del sistema ordinario por ser normas supletorias a la LAM[44] y, siendo la falta de citación una causal de nulidad de los laudos dentro del sistema ecuatoriano, esta interpretación de las cortes resulta extremadamente importante. En segundo lugar, es práctica unánime en el sistema arbitral ecuatoriano realizar esta diligencia con arreglo a lo dispuesto en las normas del sistema ordinario. Por estos motivos, a continuación analizaremos las normas sobre citación que trae el COGEP.

4.1. Citación con la demanda

En términos generales, el COGEP establece las mismas reglas que el CPC en materia de citación. Mantiene los tres medios de citación, i.e., en persona, por boletas o por medios de comunicación. En el segundo se han registrado ligeros cambios, y en el tercero se ha implementado un nuevo medio. La citación en persona se la puede realizar en cualquier lugar, día y hora[45]. La citación por boletas a una persona natural se podrá realizar únicamente

44. Presidencia de la Corte Superior de Pichincha, Diseños Integrales de Telecomunicaciones DITELECOM Cía. Ltda. c. Víctor Fabián Morales Collahuazo, Sentencia de nulidad de laudo arbitral de 23/1/2008.
45. COGEP, Art. 54, Nota 2.



a través de un familiar del demandado y ya no con una persona del servicio[46]. Sobre la citación a través de medios de comunicación, además de la citación por la prensa[47], el COGEP ahora incluye la modalidad de citación por una radiodifusora.

Con respecto a la citación por los medios, el COGEP mantiene el requisito que el actor debe realizar la solicitud bajo juramento[48], pero añade que además se deberá presentar "la certificación del Ministerio de Relaciones Exteriores que indique si la persona salió del país o consta en el registro consular"[49].

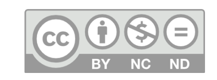
El COGEP también trae normas específicas para la citación de ciertas personas determinadas, como por ejemplo, los ecuatorianos en el exterior[50], los herederos[51], las comunidades indígenas, afroecuatorianas, montubias y campesinas no organizadas como personas jurídicas[52], organismos o instituciones estatales[53], y agentes diplomáticos[54].

Por último, el COGEP trae una interesante flexibilización en materia de citación en lo referente a la determinación del lugar donde debe practicarse la diligencia. El artículo 62 del COGEP establece que "[l]a existencia de defectos puramente formales, fácilmente subsanables o que no afecten la determinación del lugar para realizar el acto no serán obstáculo para la citación"[55].

5. Procedimientos del COGEP auxiliares al procedimiento arbitral

Como lo habíamos mencionado antes, el COGEP y el arbitraje también guardan otro tipo de relación: el auxilio jurisdiccional al arbitraje. Este escenario comprende aquellas disposiciones que sirven de complemento o

46. COGEP, Art. 55, Nota 2.
47. COGEP, Art. 56(1), Nota 2.
48. COGEP, Art. 56, segundo párrafo, Nota 2. Esta disposición trae el interesante dilema de si este juramento puede -y debe- hacérselo ante el director del centro -todo apunta a que sí, hecho que aportaría a la naturaleza jurisdiccional de algunas sus funciones-, o si se podría hacerlo con un escrito declarando bajo juramento.
49. Id., tercer párrafo.
50. COGEP, Art. 57, Nota 2.
51. COGEP, Art. 58, Nota 2.
52. COGEP, Art. 59, Nota 2.
53. COGEP, Art. 60, Nota 2. Por la relevancia y frecuencia con la que este escenario se produce en arbitraje es menester transcribir la norma completa: "Las citaciones a las instituciones del Estado y sus funcionarios por asuntos propios de su empleo, *se realizarán en la dependencia local más próxima al lugar del proceso*. Para el caso de la citación al Procurador General del Estado se procederá conforme con la ley" (énfasis añadido).
54. COGEP, Art. 61, Nota 2.
55. COGEP, Art. 62, Nota 2.



auxilio al procedimiento arbitral. Estas pueden ser subsidiarias (si no existe un tribunal arbitral) o complementarias (si la actividad jurisdiccional es necesaria para la obtención del resultado de la actuación arbitral). Nos referimos concretamente a [5.1.] los actos preparatorios; [5.2.] la expedición y ejecución de medidas cautelares o providencias preventivas; [5.3.] la homologación de laudos internacionales; y, [5.4.] la ejecución de laudos arbitrales.

5.1. Diligencias preparatorias

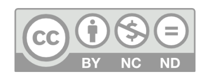
La complejidad y particularidad de algunos casos puede exigir que, antes de constituirse un tribunal arbitral, un demandante requiera realizar determinados actos procesales con el fin de constituir o preservar pruebas que, de otra forma, no podrían llegar a presentarse dentro del procedimiento arbitral. Frente a este tipo de circunstancias, y dado el tiempo que puede tomar la constitución de un tribunal arbitral, la justicia ordinaria juega un rol fundamental de auxilio al proceso arbitral[56].

En este sentido, el artículo 120 del COGEP establece que una persona podrá solicitar una diligencia preparatoria con el fin de [1] determinar o completar la legitimación activa o pasiva de las partes en un futuro proceso; y, [2] anticipar la práctica de prueba urgente que pudiera perderse[57].

La petición de diligencia preparatoria tiene que indicar los nombres, apellidos y domicilio de las personas contra quien se promoverá la diligencia, el objeto de la misma y la finalidad concreta del acto solicitado[58]. La diligencia, una vez que la petición ha sido calificada por el juez competente, se efectuará con previa citación a la persona contra la cual se la promueve, quien podrá oponerse o solicitar que ésta se modifique o se amplíe[59].

---

56. Ver por ejemplo, Gandía Sellens y Blanco García, "La asistencia judicial en el arbitraje comercial internacional en EEUU ¿una nueva oportunidad?", *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. 6 (1), 2013, pp. 111-155; A. M. Arrarte Arisnabarreta, "De la interrelación a la interferencia del poder judicial en los procesos arbitrales: límites de su actuación", *Themis Revista de Derecho*, No. 53, 2007, p. 99.
57. COGEP, Art. 120, Nota 2. Evidentemente, el último párrafo del artículo que establece la competencia para conocer el juicio posterior en el juez que conoció la diligencia preparatoria, no es aplicable al arbitraje, pues será el árbitro designado de conformidad con el acuerdo de las partes, el competente para conocer la controversia.
58. COGEP, Art. 121, Nota 2.
59. Ibídem.



Finalmente, de conformidad con el artículo 122 del COGEP[60], las medidas preparatorias que se pueden solicitar –y que son relevantes para el arbitraje– son las siguientes:

1. La exhibición de la cosa mueble que se pretende reivindicar o sobre la que se practicará secuestro o embargo; la de los libros de comercio cuando corresponda y demás documentos pertenecientes al comerciante individual, la sociedad, comunidad o asociación; exhibiciónde los documentos necesarios para la rendición de cuentas por quien se halle legalmente obligado a rendirlas; y, en general, la exhibición de documentos en los casos previstos en el COGEP.

2. La exhibición de los títulos u otros instrumentos referentes a la cosa vendida, por parte de su enajenante en caso de evicción o pretensiones similares.

3. El reconocimiento de un documento privado.

4. El nombramiento de guardadora o guardador o en los casos de herencia yacente, bienes de la persona ausente y de la o del deudor que se oculta.

5. La apertura de cajas o casilleros de seguridad en las instituciones del sistema financiero.

6. La inspección preparatoria si la cosa puede alterarse o perderse.

7. La recepción de las declaraciones urgentes de las personas que, por su avanzada edad o grave enfermedad se tema fundadamente puedan fallecer o de quienes estén próximos a ausentarse del país en forma permanente o por un largo período.

5.2. Medidas cautelares o providencias preventivas

Se entiende por medidas cautelares o preventivas a aquellas tendientes a asegurar los bienes materia del proceso o garantizar el resultado de

60. COGEP, Art. 122, Nota 2.

éste[61]. En nuestro sistema arbitral la facultad para dictar medidas cautelares se encuentra compartida entre los árbitros y los jueces ordinarios, lo que no significa que ellos puedan ejercerla de manera concurrente[62]. En este sentido, mientras exista un tribunal arbitral, éste es el único competente para dictar medidas cautelares; consecuentemente, los jueces ordinarios sólo podrán ordenar las mismas antes de la constitución del tribunal arbitral o después de que estos hayan dictado su laudo[63]. Siguiendo esta lógica, analizaremos la normativa del COGEP aplicable a las medidas cautelares en dos escenarios, [5.2.1.] cuando son ordenadas por los jueces ordinarios, y [5.2.2.] cuando son ordenadas por los árbitros.

5.2.1. Medidas cautelares ordenadas por los jueces ordinarios

Como ya se enunció anteriormente, una parte podría acudir ante un juez ordinario de primera instancia con una solicitud de medidas cautelares en dos escenarios, i.e., antes que se constituya el tribunal arbitral y una vez que éste haya cesado en sus funciones. Para estos fines, el artículo 125 del COGEP requiere que el solicitante pruebe [1] la existencia del crédito y [2] que los bienes del deudor se encuentren en tal estado, que no alcancen a cubrir la deuda o que pueden desaparecer u ocultarse o que el deudor trate de enajenarlos.

Ahora, no es del todo claro qué tipo de medidas cautelares puede dictar el juez ordinario. Primero, es indiscutible que puede ordenar aquellas previstas en el COGEP, esto es, prohibición de enajenar bienes inmuebles[64], secuestro de bienes y frutos –cuando se tema su deterioro[65]–, la retención de rentas, créditos o bienes que tenga el deudor en poder de un tercero[66] y

61. LAM, Art. 9, Nota 10.
62. A. Ponce Martínez, "Ejecución de medidas provisionales: interacción entre árbitros y jueces", *Boletín Arbitral Amcham Quito*, No. 4, 28/9/2012, p. 4, <http://goo.gl/kFvqF9>; E. Salcedo Verduga, *Las medidas cautelares en el arbitraje,* Volumen 3, Biblioteca de autores de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Guayaquil, 2006, p. 90. Curiosamente este autor afirma que en el Ecuador la competencia es concurrente cuando realmente explica el fenómeno como el de jurisdicción compartida (p. 90). Esto se ratifica cuando páginas antes define a la jurisdicción compartida como aquella donde los árbitros y jueces tiene competencia para dictar medidas cautelares pero en momentos determinados y distintos, y a la jurisdicción concurrente como aquella en la cual, simultáneamente, tanto árbitros como jueces pueden ordenar medidas cautelares (pp. 86-88).
63. A. Ponce Martínez, Nota 63, p. 4; E. Salcedo Verduga, Nota 63, pp. 87-88.
64. COGEP, Art. 126, Nota 2.
65. COGEP, Art. 129, Nota 2.
66. COGEP, Art. 130, Nota 2.

arraigo del deudor[67]. Segundo, como veremos más adelante, la LAM establece que los árbitros, además de las medidas cautelares que prevé el COGEP, pueden ordenar aquellas que se consideren necesarias para cada caso[68]. En este sentido, cabe preguntarse si, por extensión y por tratarse de medidas que finalmente repercutirán en el arbitraje, los jueces ordinarios pueden también dictar aquellas medidas cautelares que consideren necesarias para cada caso aunque no estén contempladas en el COGEP. Al respecto Ponce Martínez sostiene que,

> En virtud de la existencia de cláusula arbitral, debe entenderse que tales jueces no sólo están autorizados para ordenar las medidas provisionales previstas en el (COGEP) [secuestro, retención, prohibición de enajenar bienes raíces y prohibición de ausentarse del país para extranjeros que carezcan de bienes raíces en el Ecuador], y las previstas en leyes especiales como la Propiedad Intelectual, sino aquellas que pueden ser necesarias para el cumplimiento del arbitraje por iniciarse, como la de mantener el status quo o la de preservar las pruebas o las que permitan garantizar los resultados del proceso[69].

Si bien es cierto que el argumento expuesto por el autor resulta novedoso, no queda claro por qué de la existencia de un convenio arbitral –cuyo objeto es dar competencia a los árbitros para conocer una controversia– un juez ordinario –cuya competencia depende exclusivamente de la ley– adquiere una facultad que de lo contrario no la tuviese. Será interesante ver cómo se pronunciarán –si no lo han hecho ya– las cortes con respecto a este tema.

Por último, es importante destacar dos asuntos. Primero, el que una parte acuda ante un juez ordinario a solicitar una medida cautelar de manera previa a la constitución de un tribunal arbitral, no implica que ésta haya renunciado al convenio arbitral[70]. Segundo, si una parte ha obtenido una me-

67. COGEP, Art. 131, Nota 2.
68. LAM, Art. 9, Nota 10.
69. A. Ponce Martínez, Nota 63, p. 4.
70. Esto se puede inferir del texto del Art. 9 de la LAM "[…] cualquiera de las partes podrá solicitar a los jueces ordinarios que ordenen la ejecución de estas medidas […] sin que esto signifique renuncia al convenio arbitral". LAM, Art. 9, Nota 10. El Art. 58 del Reglamento AMCHAM es muy claro al establecer que "[…] [l]as partes podrán, antes de la conformación del tribunal arbitral y, en circunstancias apropiadas, solicitar a cualquier autoridad judicial competente la adopción de medidas cautelares. La solicitud que una parte haga a una autoridad judicial con el fin de obtener tales medidas no contraviene el convenio arbitral ni constituye una renuncia a éste, y no afecta la competencia y los poderes del tribunal arbitral al respecto". Reglamento AMCHAM, Art. 58, Nota 27.



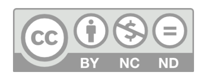
dida preventiva antes de iniciar el proceso arbitral, ésta deberá iniciarlo dentro de los 15 días subsiguientes a la expedición de la orden, pues, de lo contrario, las medidas cautelares caducarán y la parte solicitante será responsable de los daños y perjuicios que se pudiesen generar[71].

5.2.2. Medidas cautelares ordenadas por los árbitros

No cabe duda que, en nuestro sistema, los árbitros tiene la facultad para dictar medidas cautelares[72]. Y también es claro que, si las partes lo autorizan, los árbitros pueden ejecutar directamente las medias cautelares que ellos ordenen[73]. En estos dos casos, salvo la referencia discrecional sobre la posibilidad de ordenar las medidas cautelares enumeradas en el COGEP, este cuerpo normativo no tiene relevancia.

La relevancia del COGEP la vamos a encontrar en el caso en cual los árbitros no se encuentren habilitados por las partes para ejecutar directamente las medidas cautelares que hayan ordenado. En este caso las partes deberán recurrir a los jueces ordinarios para solicitar su ejecución[74]. El artículo 363 del COGEP establece que los jueces ordinarios "ejecutarán las providencias preventivas ordenadas por los tribunales de arbitraje nacionales o internacionales"[75]. Es claro de esta norma que, aunque éstas no constituya títulos de ejecución, las medidas cautelares, provengan de un arbitraje doméstico o internacional, deben ser ejecutadas por los jueces civiles, en ambos casos sin que el requerido pueda oponerse a la medida y, en el último de los casos, sin la necesidad de un proceso de homologación previo. Por la ubicación de la disposición dentro del código, no queda duda que el procedimiento que se debe seguir para la ejecución de las medidas cautelares –insistimos, aunque no sean títulos de ejecución– es aquel señalado en el Libro V "Ejecución" del COGEP. Este procedimiento será analizado más adelante, conjuntamente con la ejecución de laudos arbitrales.

71. COGEP, Art. 133, Nota 2.
72. "Los árbitros podrán dictar medidas cautelares, de acuerdo con las normas del [COGEP] o las que se consideren necesarias para cada caso, para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de éste". LAM, Art. 9, Nota 10.
73. LAM, Art. 9, párrafo tercero, Nota 10. *Ver* además, A. Ponce Martínez, "Notas sobre medidas provisionales en arbitraje con especial referencia al caso City Oriente contra la República del Ecuador", *Revista Peruana de Arbitraje*, No. 9, 2009, pp. 13-15. Este poder es un claro ejemplo de que en el Ecuador los árbitros sí tienen *ius imperium,* aunque éste esté limitado únicamente a la ejecución de medidas cautelares y bajo la condición de que las partes así lo hayan acordado.
74. LAM, Art. 9, último párrafo, Nota 10.
75. COGEP, Art. 363, último párrafo, Nota 2.



5.3. Homologación de laudos internacionales [76]

Hasta el momento de la expedición del COGEP, el artículo 42 de la LAM establecía que "[l]os laudos dictados dentro de un procedimiento de arbitraje internacional, tendrán los mismos efectos y serán ejecutados de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional"[77]. Esta disposición generó un interesante debate en el foro ecuatoriano sobre si era o no necesario realizar un procedimiento de homologación previa la ejecución de un laudo internacional[78]. La mayoría de la doctrina –apoyada en la jurisprudencia local[79]– se inclinaba a considerar que, en virtud de este artículo, los laudos arbitrales internacionales, al asimilarse a los laudos nacionales, no necesitaban de homologación y debían ser ejecutados conforme lo dispone el artículo 32 de la LAM[80]. Con la expedición del COGEP esta situación ha cambiado drásticamente, primero, porque deroga el párrafo final del artículo 42 de la LAM citado previamente, y, segundo, porque se implementa un nuevo procedimiento para la homologación de laudos internacionales, sin cuyo cumplimiento, un laudo internacional no podrá ser ejecutado en el Ecuador. Al parecer, este nuevo procedimiento de dos etapas implica un retroceso en la materia y quizás es el caballo de Troya que el COGEP trae al arbitraje.

76. Como se mencionó en la sección 5.2.1, este procedimiento no se aplica para la ejecución de medidas cautelares ordenadas por tribunales de arbitraje internacional.
77. LAM, Art. 42, Nota 10. Esta disposición fue derogada por la disposición derogatoria Décimotercera del COGEP.
78. Ver S. Andrade Ubidia, "En torno al tema del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras y laudos internacionales", *Foro: Revista de Derecho,* No. 6, 2006, pp. 59-93; X. Andrade Cadena, "Reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en Ecuador: un camino inexplorado", *Revista internacional de arbitraje*, No. 8, 2008, pp. 146-193; A. Galindo Cardona, "Origen y desarrollo de la Solución Alternativa de Conflictos en Ecuador", *Iuris Dictio*, No. 4, 2011, 123-128; A. C. Donoso Bustamante, *El reconocimiento de la extraterritorialidad de los laudos arbitrales extranjeros y su procedimiento de ejecución, en la práctica procesal ecuatoriana*, Repertorio de Tesis de la Universidad Andina Simón Bolívar, 2008, <http://goo.gl/iX7QvQ>; R. Illingworth Cabanilla, *Los laudos arbitrales nacionales e internacionales: su contenido, reconocimiento y ejecución,* Conferencia Interamericana de Arbitraje Comercial de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial CIAC; X. Andrade Cadena y J. M. Marchán, "El arbitraje comercial internacional en Ecuador: marco legal y jurisprudencial", en C. Conejero Roos et al., *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica: marco legal y jurisprudencial,* La Ley-Wolter Kluwer, 2009, pp. 319-248; E. Neira Orellana, "Arbitrabilidad, Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales y Legislación Ecuatoriana", en C. Soto (Dir.), *Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones: Convención de Nueva York de 1958 Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras*, Instituto Peruano de Arbitraje, 2009, pp. 151-174; F. Endara y A. Galindo Cardona, "Ecuador", en O. García-Bolívar y H. Otero (Ed.), *Recognition and Enforcement of International Commercial Arbitral Awards in Latin America*, Koninklijke Brill NV, 2015, pp. 121-136.
79. Juzgado Vigésimo Tercero de lo Civil de Pichincha, Doug W. Cannaday c. Glenn Allan Good y Hampton Court Resources Ecuador S.A., Causa No. 812 (2006), Auto de 8/2/2008; Juzgado Octavo de lo Civil del Guayas, Daewoo Electronics America, Inc. c. Expocarga S.A., Causa No. 469 (2009) Auto de 26/10/2009.
80. LAM, Art. 32, Nota 10.

No es el objetivo del presente artículo analizar in *extensum* el procedimiento de homologación de laudos internacionales establecidos en el nuevo COGEP, pero sí revisaremos la normativa relevante y trataremos de identificar algunos de los problemas que se pueden evidenciar en el nuevo articulado.

El artículo 102 del COGEP establece que la competencia para conocer la homologación de laudos arbitrales corresponderá a la sala especializada de la Corte Provincial del domicilio del requerido[81], la que deberá verificar que el laudo arbitral expedido en el extranjero cumpla con los siguientes requisitos[82]:

1. Que tengan las formalidades externas necesarias para ser considerados auténticos en el Estado de origen.

2. Que la sentencia pasó en autoridad de cosa juzgada conforme con las leyes del país en donde fue dictada y la documentación anexa necesaria está debidamente legalizada.

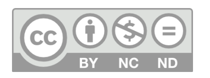
3. Que de ser el caso, estén traducidos.

4. Que se acredite con las piezas procesales y certificaciones pertinentes que la parte demandada fue legalmente notificada y que se haya asegurado la debida defensa de las partes.

5. Que la solicitud indique el lugar de citación de la persona natural o jurídica contra quien se quiere hacer valer la resolución expedida en el extranjero.

El primer requisito no trae mayor inconveniente. Bastaría con señalar cuáles son los requisitos formales que debe cumplir un laudo bajo la legislación donde fue proferido y evidenciar que el laudo cumple con tales requisitos. Si ningún requisito formal le es impuesto al laudo, la causal no tiene relevancia alguna. El tercer requisito tampoco trae mayor complejidad y simplemente implica cumplir con lo dispuesto en el artículo 200 del COGEP[83]. Lo mismo con respecto del quinto requisito. Por otro lado, los requisitos segundo y cuarto pueden traer ciertas complicaciones por lo que se justifica su análisis.

81. COGEP, Art. 102, Nota 2.
82. COGEP, Art. 104, Nota 2.
83. COGEP, Art. 104, Nota 2.



El segundo requisito merece dos precisiones. Primero, el requisito según el cual un laudo debe haber pasado "en autoridad de cosa juzgada conforme con las leyes del país en donde fue dictad[o]", al igual que en el primer requisito, requiere simplemente de una constatación sobre si un laudo tiene efecto de cosa juzgada conforme la legislación del país de origen. En este sentido, no es necesario que el solicitante presente una certificación formal del cumplimiento de esos requisitos pues, de lo contrario, esto implicaría un doble exequátur cuya exigencia fue eliminada por la Convención de Nueva York (CNY)[84]. Segundo, bajo este requisito, en el Ecuador no sería posible ejecutar laudos parciales ni laudos interinos que no sean finales, así como tampoco sería posible ejecutar un laudo internacional que fue anulado en la sede, tomando, en este último caso, una postura clara sobre este tema altamente discutido en el foro internacional[85]. Queda aún la duda de si sería o no posible ejecutar una decisión ordenada por un árbitro de emergencia. Esto dependerá ulteriormente de si el reglamento de arbitraje bajo el cual se instituyó el procedimiento de emergencia le da la calidad de laudo final a la resolución del árbitro de emergencia o de si podría considerársele, para efectos del COGEP, como una "providencia preventiva" ordenada por un tribunal internacional. Tal vez responder afirmativamente a la segunda cuestión daría más seguridad y eficacia a tales resoluciones, y aportaría a la construcción de un sistema más favorable al arbitraje internacional.

84. Convención Sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, 1958, <http://goo.gl/2xvQfY>.

85. Para entender el contexto y la relevancia de la reforma planteada en el COGEP, vamos a intentar resumir el debate. La discusión gira en torno a la interpretación de la CNY -y por obvias razones de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (CP), 1975, <http://goo.gl/VGtJMH>- con respecto de la facultad que tiene un juzgador para reconocer y ejecutar un laudo cuando éste ha sido anulado en su país de origen. Para explicar el problema escogeremos el debate mantenido por dos reconocidas autoridades en la materia, A. J. Van den Berg y J. Paulsson. Según Paulsson (J. Paulsson, "Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding A Local Standard Annulment (LSA)", *The ICC International Court of Arbitration Bulletin,* Vol. 9 (1), 1998, pp. 14-31), como consecuencia de la deslocalización del arbitraje internacional, un laudo emitido en un país cuyos efectos se desplegarán en otro lugar no se incorpora al sistema jurídico de su sede, por lo que no está sujeto a los estándares locales para su validez. Si éste cumple con los estándares internacionales para que proceda su ejecución, independientemente de si es anulado en la jurisdicción donde fue proferido, el laudo arbitral podría ser ejecutado en cualquier otro lugar. Por el contrario, para Van den Berg (A. J. Van den Berg, "Enforcement of Annulled Awards?", *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 9 (2), 1998, pp. 15-21) la intención de la CNY en este respecto es el de incorporar el laudo al ordenamiento jurídico donde fue proferido pues es producto de la *lex loci arbitri* y consecuentemente está afectado por el poder que esta otorga a las cortes del lugar sede del arbitraje. Así, en aras de obtener seguridad jurídica, una vez que un laudo ha sido anulado por el juez de la sede, éste deja de existir y no debería poder ser ejecutado en ninguna otra jurisdicción -*ex nihilo nil fit*-. Al amparo de la nueva normativa, el Ecuador se ha suscrito a esta última tendencia.

El cuarto requisito es el más controversial y habrá quien pueda afirmar que el mismo impone un requisito aparentemente más gravoso que los requeridos por la CNY. Nos referimos al requisito que el solicitante pruebe que se ha respetado el derecho al debido proceso de la parte demandada. Además de imponer la carga de la prueba al solicitante, esta disposición generaría una carga extremadamente gravosa, por varios motivos. Primero, qué derechos comprenden el derecho a la defensa de una parte, ¿aquellos comprendidos en la legislación de la sede?, ¿aquellos enunciados en la constitución del Ecuador? Segundo, ciertos derechos son virtualmente imposibles de probar pues solo se evidencian cuando son vulnerados. Tercero, este requisito parecería imponer al solicitante la prueba de un hecho negativo –que no se haya vulnerado el derecho a la debida defensa de la contraparte– y, ciertamente, es jurídicamente imposible probar un hecho negativo. Cuarto, lo que seguramente sucederá en la práctica es que la parte solicitante adjuntará copias de todo el proceso, lo que conlleva una carga onerosa –pues pueden ser miles y miles de copias que deben ser obtenidas en el extranjero, que deben traducirse– (si es el caso), –legalizarse y luego traerse al Ecuador. Además esto tendría como consecuencia que el expediente de homologación se llene de copias innecesarias, lo que implica a su vez también un mayor costo para la administración de justicia.

Es evidente que la interpretación de este requisito debe, en la práctica, minimizar el gravamen que podría causarse a un solicitante. Lo adecuado sería que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 425 de la Constitución del Ecuador[86], las cortes no apliquen este requisito de encontrar que es contrario a la CNY. De no ser este el caso, uno podría pensar que, como otra alternativa, una parte podría simplemente presentar copias de las notificaciones de solicitud e inicio del arbitraje y una certificación del secretario del tribunal o algún oficial de la institución que administra el arbitraje, estableciendo que se ha garantizado la debida defensa de las partes[87]. Otra

86. "Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. *En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.* […]". Constitución del Ecuador, Art. 425, Nota 36. (Énfasis añadido)

87. Esto podría traer complicaciones inherentes. Podría ser muy difícil obterner dicho certificado de alguna autoridad del centro o del secretario arbitral. Más aún, sería mucho más complicado conseguirlo si el caso está en proceso de anulación en la sede o su ejecución ha sido negada en otras jurisdicciones.

forma de cumplir con este requisito sería adjuntar, de existir, una resolución que rechaza la nulidad del laudo por estos motivos[88].

Este mismo artículo nos trae también, en un lenguaje algo confuso, un último requisito que la Corte debe verificar antes de dar inicio al proceso de homologación. El párrafo final del artículo 104 del COGEP establece que:

> Para efectos del reconocimiento de las sentencias y laudos arbitrales en contra del Estado, por no tratarse de asuntos comerciales, deberá además demostrarse que no contrarían las disposiciones de la Constitución y la ley, y que estén arregladas a los tratados y convenios internacionales vigentes. A falta de tratados y convenios internacionales se cumplirán si constan en el exhorto respectivo o la ley nacional del país de origen reconoce su eficacia y validez[89].

Primero, este requisito parte de un error conceptual: todo laudo dictado en contra de un Estado tiene como objeto de la disputa una materia no comercial. Los Estados mantienen relaciones comerciales que más tarde pueden ser objeto de un proceso arbitral, e.g., la compraventa de un vehículo para un sistema de transporte público. En este sentido, con el objeto de contribuir al desarrollo del arbitraje en el Ecuador, podría entenderse que cuando se trate de laudos cuya materia no sea comercial –e.g. una disputa en materia de inversiones bajo el Derecho internacional público–, el solicitante deberá probar que dicho arbitraje está permitido bajo la legislación ecuatoriana –incluidos los tratados internacionales ratificados por el Ecuador– y que su laudo fue proferido con arreglo a las disposiciones aplicables al mismo. No creemos que el solicitante deba probar que el laudo se encuentra en conformidad con la legislación ecuatoriana pues esto podría ser un motivo de oposición invocado por la parte que se opone a la ejecución.

En cuanto al procedimiento de homologación, el artículo 105 del COGEP[90] establece que, una vez que se haya cumplido con lo establecido en el artículo 104 del COGEP, se citará a la persona contra quien el laudo se

88. Un problema sería es el tiempo que se tardaría en obtener una sentencia final en la que se rechace la nulidad del laudo, e.g., en Francia el proceso puede llegar hasta la Corte de Casación para resolver en última instancia la nulidad del laudo. Otra dificultad que se presentaría es que esta sentecia también debería ser reconocida y homologada para que surta plenos efectos en el Ecuador.
89. COGEP, Art. 104, Nota 2.
90. COGEP, Art. 104, Nota 2.



intenta hacer valer, quien tendrá cinco días para presentar y probar su oposición. Toda vez que el artículo no prevé cuales son las razones por las cuales el requerido se puede oponer a la homologación del laudo, es claro que, por su lenguaje vinculante –"sólo se podrá denegar"– y por ser parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano[91], se debe aplicar lo dispuesto en el artículo 5 del la CNY[92] –o 5 de la CP– que establece:

1. Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de (un laudo), a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo 2 estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la Ley que le es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la Ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la Ley del país en que se haya dictado la sentencia; o

b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del arbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o

c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisario, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisaria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o

91. "Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos". Constitución del Ecuador, Art. 425, Nota 36. "Art. 2.- En todas las actividades procesales se aplicarán los principios previstos en la Constitución de la República, en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, en el Código Orgánico de la Función Judicial y los desarrollados en este Código". COGEP, Art. 2, Nota 2.

92. CNY, Art. V, Nota 78.

d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la Ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o

e) Que la sentencia no es aun obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya Ley, ha sido dictada esa sentencia.

2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba:

a) Que, según la Ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o

b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.

Finalmente, si el requerido no presentó oposición o si la presentó, pero la complejidad de la causa no amerita una audiencia, la Corte Provincial respectiva deberá resolver la solicitud en el término de treinta días contados desde que se citó al requerido. En el caso que éste haya presentado oposición y la complejidad de la causa lo amerite, la Corte Provincial convocará una audiencia en el término máximo de veinte días contados desde la presentación de la oposición.

Una última inquietud queda aún por ser respondida: ¿podría una parte solicitar una medida cautelar, sea antes o conjuntamente con la homologación, con el objetivo de asegurar el pago futuro del laudo? Un primer obstáculo podría encontrarse en el artículo 106 del COGEP que establece que "[l]a parte que dentro de un proceso, pretenda hacer valer los efectos probatorios de una sentencia, laudo arbitral o acta de mediación expedidos en el extranjero, previamente deberá homologarlos en la forma prevista en [el COGEP]"[93]. Pese a lo anterior, uno bien podría presentar el laudo como una evidencia de apariencia de buen derecho y simultáneamente probar, de manera preliminar, la existencia del crédito con otros documentos según lo requiere el artículo 125 del COGEP.

93. COGEP, Art. 106, Nota 2.

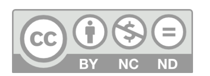
5.4. Ejecución de laudos arbitrales

Este es, a nuestro criterio, el último escenario donde el COGEP tiene una relación con el resultado del procedimiento arbitral: el laudo. Según el artículo 362 del COGEP, ejecución es "el conjunto de actos procesales para hacer cumplir las obligaciones contenidas en un título de ejecución"[94]. De conformidad con el artículo 363 del COGEP[95], son títulos de ejecución los siguientes:

1. La sentencia ejecutoriada.
2. El laudo arbitral.
3. El acta de mediación.
4. El contrato prendario y de reserva de dominio.
5. La sentencia, el laudo arbitral o el acta de mediación expedidos en el extranjero, homologados conforme con las regla de este Código.
6. Las actas transaccionales.
7. Los demás que establezca la ley.

El COGEP regula de manera individual la ejecución de las obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto[96], la ejecución de las obligaciones de dar dinero o bienes de género[97], la ejecución de las obligaciones de hacer[98], y la ejecución de las obligaciones de no hacer[99]. Una vez que el juez haya aceptado a trámite la solicitud de ejecución, el juez debe designar un perito para la liquidación de capital, intereses y costas[100]. Recibida la liquidación, el juez expedirá el mandamiento de ejecución, otorgando al ejecutado un término de cinco días para que cumpla con la obligación[101]. El ejecutado solo podrá oponerse a la ejecución por una de las siguientes circunstancias: [1] pago o dación en pago, [2] transacción, [3] remisión, [4] novación, [5] confusión, [6] compensación, [7] pérdida o destrucción de la cosa debida. Si el ejecutado no cumple la obligación en el plazo concedido por el juez, se procederá con la ejecución forzosa de la obligación.

94. COGEP, Art. 362, Nota 2
95. COGEP, Art. 363, Nota 2.
96. COGEP, Art. 366, Nota 2.
97. COGEP, Art. 367, Nota 2.
98. COGEP, Art. 368, Nota 2.
99. COGEP, Art. 369, Nota 2.
100. COGEP, Art. 371, Nota 2.
101. COGEP, Art. 372, Nota 2.



6. A manera de conclusiones

Como se ha visto en el transcurso de este trabajo, el procedimiento arbitral es autónomo y se rige por la voluntad de las partes, por lo que el COGEP no se aplica directamente al arbitraje, salvo en aquellos casos en los que la LAM hace expresa referencia al mismo; sin embargo, el COGEP también establece algunos procedimientos que sirven de auxilio jurisdiccional a los procedimientos arbitrales.

Dentro de aquellas disposiciones del COGEP que, por expreso mandato de la LAM, le son aplicables a los procedimientos arbitrales tenemos a los requisitos que deben observar la demanda, contestación a la demanda, reconvención y contestación a la misma; y las causales y procedimiento de excusa y recusación de los árbitros. Por un lado, con respecto a los requisitos que debe contener la demanda, contestación a la demanda, reconvención y contestación a la misma, la normativa no representa un mayor cambio con respecto a las disposiciones del CPC. Tal vez la mayor innovación en este tema es el requisito de adjuntar a estos documentos los peritajes de parte. Por otro lado, sobre las causales de excusa y recusación de los árbitros, en términos generales, parece ser que la simple y pura adopción de las causales previstas en el COGEP al arbitraje es, en ciertos casos, inadecuada y deben pasar por un proceso de adaptación al proceso arbitral.

Dentro de los procesos auxiliares a los procedimientos arbitrales debemos destacar un avance y un retroceso en materia arbitral. Sobre el primer punto, es bienvenida la disposición por la cual los jueces ordinarios deben ejecutar de manera directa las medidas cautelares de tribunales de arbitraje local e internacional. Esto implica que los jueces deben ejecutar estas órdenes arbitrales sin la posibilidad de revisar el fondo ni la forma de la medida, sin que se requiera previa homologación ni que el ejecutado tenga la posibilidad de oponerse a la misma. El retroceso vino de la mano del nuevo procedimiento –en dos etapas– para el reconocimiento y ejecución de laudos internacionales. El nuevo proceso no es claro, simple e impone en el solicitante la carga de probar el efecto de *res iudicata* y de la legalidad y compatibilidad con el ordenamiento jurídico. Podría argumentarse que esto hace que el procedimiento de reconocimiento de laudos internacionales sea más gravoso que aquel requerido por la CNY y la CP. De considerarse así, en función de lo dispuesto por el artículo 425 de la

Constitución del Ecuador y el artículo 2 del COGEP, los juzgadores deberían aplicar directamente las disposiciones de los instrumentos internacionales en materia arbitral de los que el Ecuador es parte, descartando aquellas normas del COGEP que podrían contravenir las disposiciones de la CNY y la CP.

Finalmente, vale la pena advertir que las conclusiones y análisis realizados en el presente trabajo son reflexiones preliminares y no pretenden ser concluyentes. Mucho camino queda por recorrer para ver cómo los centros de arbitraje, los árbitros y los jueces, cada uno en la esfera de sus facultades, desarrollan e interpretan estas disposiciones. Solo entonces podremos saber si el COGEP se convierte, efectivamente, en un caballo de Troya para el arbitraje o en la promesa de un Código que "[…] fomenta la inmediación, la transparencia, la eficacia, la economía procesal, la celeridad, la igualdad ante la ley, la imparcialidad, la simplificación, la uniformidad. Principalmente, precautela los derechos y garantías constitucionales y procesales"[102].

102. COGEP, "Estructura de la Propuesta", p. 4.

La ejecución de los laudos internacionales en Ecuador y el Código Orgánico General de Procesos

*Vanesa Aguirre Guzmán**

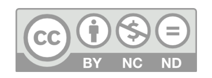
SUMARIO: 1. ¿Son términos sinónimos "reconocimiento" y "ejecución" de decisiones extranjeras? **2.** Naturaleza jurídica del laudo arbitral que se somete al procedimiento de homologación y ejecución. **3.** El reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales en las convenciones de Nueva York de 1958 y Panamá de 1975. **4.** El Código Orgánico General de Procesos y las normas sobre homologación y ejecución de sentencias, laudos arbitrales y actas de mediación expedidos en el extranjero. **5.** Conclusiones.

1. ¿Son términos sinónimos "reconocimiento" y "ejecución" de resoluciones extranjeras?

Cualquier análisis sobre el régimen aplicable al reconocimiento y ejecución de resoluciones que no se han dictado en el territorio del país donde se pretende tengan vigor, debe partir de una constatación: aquellas no gozan inicialmente de la misma eficacia que las proferidas por los tribunales nacionales. Pero es necesario encontrar un punto medio entre los extremos que representarían, por un lado, negar absolutamente la calidad de título de ejecución a la resolución extranjera, y por otro, otorgar vía libre a su ejecución. En suma, se trata de exigir un cierto control de la decisión extranjera, sea judicial o arbitral, lo cual parece razonable y es admitido casi unánimemente en el derecho comparado[1].

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Especialista Superior en Derecho Procesal y en Docencia Universitaria por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-Ecuador). Diploma de Estudios Avanzados y Doctora por la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla (Departamento de Derecho Público). Docente del Área de Derecho de la UASB-Ecuador. Secretaria del Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal. Árbitro del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Abogada en libre ejercicio.

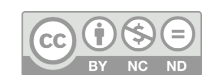
1. *Cfr.* S. Andrade Ubidia, "En torno al tema del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras y laudos internacionales". En: *Foro, Revista de Derecho,* No. 6 (II semestre, 2006), pp. 61-62. (disponible en <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1506/1/RF-06-TC-Andrade.pdf>, acceso: 12 de julio de 2015). *Vid* también J. Montero Aroca y J. Flors Matíes. *Tratado de proceso de ejecución civil*, t. I, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 149.



Una evidencia tan patente nos ayuda a sostener que aquel "término medio" es un proceso de homologación o reconocimiento —también conocido como exequátur—, el cual encuentra su fundamento en la necesidad de que los países cooperen entre sí para que la tutela efectiva pueda realizarse fuera de las fronteras del país en que se expidió la resolución respectiva[2]. El aumento del tránsito entre países de personas así como el intercambio de bienes y servicios es cada vez mayor y, lógicamente, aumentan los conflictos de relevancia jurídica; por ello, no atender a la tutela transfronteriza equivaldría hoy en día a negar esta realidad[3].

¿Qué implica este reconocimiento? No se trata de otorgar "validez" a la sentencia o al laudo arbitral, pues gozan de ella plenamente. El exequatur implica un proceso de asimilación de la resolución que es producto de un sistema normativo ajeno al del país receptor, por lo cual las disposiciones nacionales y las de derecho internacional tienen por finalidad regular los posibles conflictos que puedan surgir de esa equiparación[4]. Se trata, pues, de verificar requisitos mínimos de regularidad cuya finalidad central es velar porque en el proceso respectivo se haya cumplido al menos con las reglas del debido proceso y que no pendan sobre ella recursos, a menos de que un instrumento internacional contemple la posibilidad de la ejecución sin ningún paso previo. Una vez que la resolución internacional se ha asimilado, adquiere carta de título de ejecución y procede entonces su ejecución.

2. V. Moreno Catena, *La ejecución forzosa*, p. 83; *vid*., igualmente, J. Montero Aroca y J. Flors Matíes, *Tratado de proceso de ejecución civil*, t. I, p. 149.
3. En este aspecto, bien recuerda el *Proyecto de código modelo de cooperación interjurisdiccional para Iberoamérica en su Exposición de motivos* que "La tutela judicial transnacional es una exigencia de los tiempos actuales, ya que constantemente las relaciones jurídicas, sobre diversos aspectos, traspasan las fronteras de un Estado. Asegurar la efectividad de una tutela judicial sin fronteras significa mucho más que solamente reconocer las decisiones judiciales extranjeras ejecutoriadas pronunciadas en procesos de conocimiento. Todo lo que sea necesario para asegurar la efectividad de la jurisdicción debe estar comprendido en la idea de una tutela judicial transnacional, como son las medidas de urgencia, los actos de ejecución, los actos destinados a la comunicación procesal o incluso los actos probatorios. Poco importa si se trata de Derecho Público o Derecho Privado; de la misma manera, la jurisdicción ha de ser efectiva y estar pautada en los mismos principios e ideas de la justicia transnacional". (Instituto Iberoamericano De Derecho Procesal, *Proyecto de Código modelo de cooperación interjurisdiccional para Iberoamérica*. En: *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, Núm. 2, año 2008, pp. 89-116 (disponible en <http://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num22/conclusiones/C%C3%B3digo%20Modelo%20de%20Cooperaci%C3%B3n.pdf>; acceso: 7 de julio de 2015).
4. *Vid*. S. Andrade Ubidia, "En torno al tema del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras y laudos internacionales", p. 62.



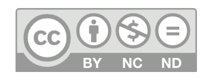
De ahí que el exequatur sea aplicable esencialmente a las decisiones en las cuales el pronunciamiento es de condena, pues en los casos de la sentencia sentencia desestimatoria —en la que existe una *realidad* acomodada al *deber ser* de la sentencia— o en el de la sentencia que estima pretensiones declarativas, la resolución encuentra con la declaración del derecho su propia fuerza, al hacer cesar, con esa declaración, un estado de incertidumbre[5]. En el supuesto de la sentencia constitutiva, por tener precisamente ese efecto una vez que alcanza la calidad de cosa juzgada, no se requiere de actividad ejecutiva; aunque es una figura autónoma, participa de los caracteres de las sentencias de mera declaración y de condena: el *ius dicere* lleva implícito un cambio en el estado actual de las cosas, y al mismo tiempo, con la declaración, cesa la incertidumbre del derecho[6].

Por estas razones, Goldschmidt recuerda que "no hay ejecución sin reconocimiento, pero sí puede haber reconocimiento sin ejecución"[7]; desde luego, si se pretende la inscripción de la resolución extranjera, sería forzoso homologarla a efectos de que no quede ninguna duda sobre su validez.

No parece entonces razonable sostener de primera mano que una sentencia o laudo extranjeros pueden acceder a la ejecución, sin más, en el país donde se pretende tengan eficacia. Esto no quiere decir que el exequatur sea un óbice para la vigencia plena de estas resoluciones, sino que —insistimos— es el mecanismo procesal idóneo para verificar requisitos mínimos de regularidad de la resolución a efectos de que se reconozca como consecuencia lógica su efecto de cosa juzgada y pueda incoarse entonces su ejecución.

Como se verá enseguida, tampoco hay una razón de fondo para sostener que un laudo internacional no deba sujetarse al proceso de homologación. También advertiremos que, generalmente, varios instrumentos internacionales hablan del "reconocimiento" y "ejecución" del laudo, y no únicamente de "ejecución" de la resolución, aunque en algunas regiones se ha reconocido la necesidad de eliminar este paso intermedio en aras a lograr una tutela más expedita a favor del interesado.

5. Como bien enseña J. Montero Aroca, T*rabajos de derecho procesa*l. Barcelona: Bosch, 2001, p. 27; en el mismo sentido, *vid.* M. A. Fernández-Ballesteros, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid: Iurgium Editores, 2001, pp. 31-35.
6. G. Chiovenda, *Principios de derecho procesal civil*, t. I (trad. de la 3ª edición italiana y prólogo por J. Casais y Santaló), Madrid: Reus, 2000, pp. 236-437.
7. En S. Andrade Ubidia, "En torno al tema del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras y laudos internacionales", p. 62.

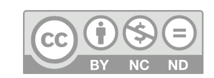


Así, el exequátur viene a ser un procedimiento de carácter netamente constitutivo-procesal; por ello, su objeto es distinto del que fue materia de la decisión extranjera[8] y tal característica, por mucho que pueda perderse de vista al simplificar el razonamiento hasta el punto de negar que no debe pasarse por la homologación, impide que puedan revisarse aspectos de fondo de la sentencia o laudo. Y esto es lo que debería tenerse presente siempre para evitar considerar al exequátur como un trámite inútil, complicado o como un impedimento para la ejecución de los laudos.

No obstante, no han faltado opiniones que han sostenido[9] —debido, quizá, a la defectuosa regulación del tema en el Código de Procedimiento Civil (CPC)—, que es posible incoar la ejecución de una resolución judicial o arbitral extranjera sin necesidad de tramitar el proceso de homologación. Como se analiza más adelante, la regulación del COGP parecería en *principio* más adecuada, sobre todo, porque incluye por fin a los laudos internacionales (ya veremos que respecto de los laudos dictados contra el Estado se consigna una excepción), pero era necesario mencionar el antecedente para apartar la idea de que la resolución extranjera goza siempre de la calidad de "título ejecutivo", y, por tanto, susceptible de llevarse a ejecución sin más. Incluso forzando a ese extremo el razonamiento llega a ser inconveniente, porque no han faltado casos en los cuales algunos tribunales ecuatorianos consideraron necesario analizar la "ejecutividad" de la obligación contenida en el "título ejecutivo extranjero", y efectuaron al final un verdadero examen sobre el fondo del asunto[10], con lo cual, paradójicamente, se terminó desvirtuando la eficacia de la decisión.

Por otra parte, se advierte que el CPC, en efecto, no establece la vía a seguir para el reconocimiento y ejecución de una sentencia extranjera como lo hace el COGP; mientras éste no entre en vigencia (22 de mayo de 2016), tal como sucede al momento en que se escriben estas líneas, es necesario explicar cuál es el régimen procesal aplicable, incluso para contrastarlo con la nueva regulación y poder confirmar si ésta resulta o no más conveniente.

8. F. Cordón Moreno, *El proceso de ejecución*. Elcano: Aranzadi, 2002, p. 75.
9. Por ejemplo, *vid. A*. Guerra Bastidas y F. Albán Escobar, *Realidad procesal de la ejecución de la sentencia*. Quito: s/e, 1999, pp. 253-255.
10. *Vid.*, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 19 de septiembre de 1975, publicada en la Gaceta Judicial Serie XII, No. 10, pp. 2052-2054. En el CPC no se distingue entre "título ejecutivo" y "título de ejecución". La diferencia entre estas dos categorías radica esencialmente en que mientras el título ejecutivo requiere de la sustanciación de un juicio ejecutivo, el título de ejecución accede directamente a la fase de ejecución.



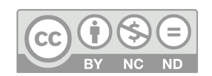
Como se anotó, en Ecuador se ha discutido mucho si la vía ejecutiva constituye o no la pertinente para tramitar el reconocimiento/ejecución de una resolución extranjera, en consideración a que el artículo 414 CPC está ubicado, precisamente, en el parágrafo dedicado al juicio ejecutivo. Esta disposición dice:

> Las sentencias extranjeras se ejecutarán si no contravinieren al Derecho Público Ecuatoriano o a cualquier ley nacional y si estuvieren arregladas a los tratados y convenios internacionales vigentes.
> A falta de tratados y convenios internacionales, se cumplirán si, además de no contravenir al Derecho Público o a las leyes ecuatorianas, constare del exhorto respectivo:
>
> a) Que la sentencia pasó en autoridad de cosa juzgada, conforme a las leyes del país en que hubiere sido expedida; y,
>
> b) Que la sentencia recayó sobre acción personal.

El principio que fija la norma es que si existe tratado o convenio internacional, se estará a lo que disponga dicho ordenamiento (Ecuador es signatario de varias convenciones internacionales sobre la materia)[11]. Este aspecto —tan obvio— no representa mayor inconveniente. Pero a falta de tratado o convenio, el artículo 414 del CPC refiere, como se desprende de la lectura del inciso segundo, a la necesidad de que el tribunal ecuatoriano verifique ciertos requisitos de regularidad de la sentencia extranjera.

Si se advierte bien, el artículo 414 del CPC *no señala que el trámite aplicable sea el del juicio ejecutivo*. Esto indicaría de primera mano que según las reglas procesales generales, el exequatur debería tramitarse por la vía ordinaria (artículo 59 CPC) porque no tiene asignado un cauce procesal específico[12], lo cual también motiva otras interrogantes: si se trata entonces

11. Entre las principales: la Convención sobre Derecho Internacional Privado (Código Sánchez de Bustamante) de La Habana (1928); el Convenio de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958); la Convención sobre Exhortos o Cartas Rogatorias de Panamá (1975); la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de Panamá (1975); la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de Montevideo (1979). Todas estas convenciones están incorporadas a la Codificación de Derecho Internacional publicada en el R.O.-S 153 de 25 de noviembre de 2005.
12. Sobre el tema, vid. las resoluciones de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia: No. 223 de 28 de septiembre de 2004, RO.-S 537 de 4 de marzo de 2005; 227 de 13 de junio de 2001,



de un proceso *declarativo,* ¿cabe deducir todos los recursos previstos para las sentencias dictadas en procesos de conocimiento?

La primera respuesta sería afirmativa: no podría impedirse tal opción al interesado porque, además, el CPC mantiene un régimen *abierto* para recurrir[13]. No es que estemos de acuerdo con este sistema, pues resulta a todas luces inconveniente: naturalmente, queda abierta la puerta para alargar el proceso de reconocimiento incluso hasta la casación (y aun acciones extraordinarias como la de protección ante la Corte Constitucional) y evitar así llegar a la ejecución, hasta donde sea posible. Por eso, como se verá, el COGP ha solucionado este posible problema al establecer que solo cabe deducir aclaración o ampliación contra la resolución que resuelve la homologación de la resolución extranjera.

Con la expedición del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ)[14] se llenó otro vacío del CPC, que no establecía la competencia para el trámite de homologación, ni tampoco para la ejecución. Así, según el artículo 143 del COFJ, el exequatur será sustanciado por la sala de la corte provincial competente en razón de la materia del domicilio de la persona contra quien se quiere hacer valer la resolución, mientras que el proceso de ejecución será conocido por el juez de primer nivel especializado en razón de la materia y del domicilio del ejecutado.

Finalmente, como se anotó, el CPC no hace mención alguna a la homologación y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. Hasta antes de la expedición del COGP, el último inciso del artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM) decía que "Los laudos dictados dentro de un procedimiento de arbitraje internacional, tendrán los mismos efectos y serán ejecutados de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional". Sobre la base de esta norma, suprimida por la disposición derogatoria decimocuarta del COGP, se ha llegado a sostener que no era necesario el exequatur para proceder con la ejecución

RO. 378 de 27 de julio de 2001; 290 de 6 de julio de 2000, publicada en la Gaceta Judicial Serie XVII, No. 3, pp. 613-615, sobre la base de las opiniones de J. Larrea Holguín, y su obra *Manual de Derecho Internacional Privado*. En el fallo 290-2000, la Sala dijo: "[…] para la ejecución forzosa de una sentencia extranjera, el Estado en el que se pretenda llevar a ejecución tiene la potestad, a través de sus jueces y mediante un proceso de conocimiento, de verificar su encuadre con el ordenamiento jurídico, lo que se conoce como la 'nacionalización', la 'homologación' o el 'exequátur' de la sentencia extranjera, de manera que se convierta en un elemento jurídico nacional…".

13. Artículo 321: "Siempre que la ley no deniegue expresamente un recurso, se entenderá que lo concede".
14. R.O. –S 544 de 9 de marzo de 2009.



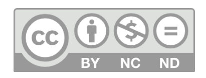
del laudo, o o pasar incluso a la fase de apremio; sin embargo, tales interpretaciones no son admisibles, porque aun cuando el laudo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada, al ser expedido por un tribunal extranjero, o internacional (y sin que importe el hecho de que no sea un tribunal judicial), no tiene por qué gozar de mejor calidad que la resolución judicial extranjera[15], ni gozar, automáticamente, de la calidad de título de ejecución.

Creemos importante recalcar este aspecto. Esta afirmación encuentra sustento en el hecho de que tanto el arbitraje como la jurisdicción estatal tienen por objeto la resolución de conflictos de relevancia jurídica, con autoridad de cosa juzgada, aun cuando su origen sea distinto[16]. Quizá —lamentablemente no se dice nada en la exposición de motivos— el hecho de que tanto las sentencias judiciales como las arbitrales son en el fondo resoluciones de carácter jurisdiccional, motivó a que el legislador derogue en el COGP el último inciso del artículo 42 de la LAM, incluyéndose a los laudos arbitrales extranjeros entre los títulos de ejecución que requieren "pasar" por el exequátur.

Resta nada más recordar que existen, en esencia, tres regímenes aplicables al exequatur[17]:

1. aquel que se sujeta a la existencia de un tratado o convenio internacional, lo cual, lógicamente, facilita el reconocimiento y ejecución de la resolución extranjera;

15. *Cfr.* S. Andrade Ubidia, "En torno al tema del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras y laudos internacionales", p. 80.
16. Creemos que la tesis mixta o del equivalente jurisdiccional sobre la naturaleza del arbitraje es la que explica, de mejor manera, las relaciones entre jurisdicción ordinaria y arbitraje. Éste, en efecto, goza de plena naturaleza contractual en su nacimiento; en su desarrollo, son las partes las que fijan las reglas, pero también existe un fuerte componente normativo estatal; en su conclusión, el proceso arbitral genera una decisión —laudo— que goza de fuerza de cosa juzgada. Esta característica no puede surgir del solo acuerdo de las partes, porque de otra forma no sería posible incoar su ejecución forzosa. Para una revisión de las tesis sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, *vid.* S. Barona Vilar y M. Noodt Taquela, "Arbitraje comercial internacional". En: C. Espluges Mota y D. Hargain (Dir.), Derecho del comercio internacional. Mercosur – Unión Europea. Buenos Aires: REUS/B de F, 2005, p. 750. Las autoras, muy ilustrativamente, señalan que, de todas formas, "debería quedar claro que «el arbitraje es arbitraje»: una institución sui generis requerida de un tratamiento y una regulación sui generis" (ibídem).
17. *Vid.* J. Montero Aroca y J. Flors Matíes, *Tratado de proceso de ejecución*, t. I, pp. 152-153.



2. el que se sujeta al principio de *reciprocidad*, que es el que verdaderamente ocasiona problemas, porque depende de la buena voluntad del país receptor conceder el exequatur aun cuando el Estado de origen no lo haga con las resoluciones que provengan de aquél;

3. el más extendido, que opera en ausencia de instrumento internacional aplicable y si no existe reciprocidad, que entrega el control de regularidad de la decisión extranjera a los tribunales nacionales.

De lo anterior, bien podría afirmarse que el actual sistema del CPC es mixto, pues la verificación de los requisitos contemplados en el artículo 414 solo procede en defecto de instrumento internacional.

2. Naturaleza jurídica del laudo arbitral que se somete al procedimiento de homologación y ejecución

Como se anticipó, el CPC no incluía a los laudos arbitrales entre las disposiciones sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, y la LAM disponía un régimen específico —incompleto sin duda— para los laudos arbitrales internacionales en el último inciso del artículo 42. El COGP derogó esta norma (disposición derogatoria decimocuarta) y, entre los artículos 102 a 106, ha dispuesto un solo régimen de reconocimiento y ejecución para las resoluciones extranjeras; sin embargo, antes de analizarlo, resulta necesario establecer aunque sea someramente cuál es la naturaleza del laudo arbitral que se somete a reconocimiento/ejecución, para intentar explicar por qué el nuevo código procesal ha unificado las aguas, y sobre todo, para analizar, posteriormente, si sus regulaciones son o no razonables o si por el contrario, constituyen un óbice para la eficacia de los laudos internacionales.

Si la homologación de una resolución extranjera persigue que adquiera la eficacia de cosa juzgada material[18], resulta lógico que adquiera *fuerza ejecutiva* y se pueda pasar entonces a la fase de ejecución. No es jurídicamente posible obviar este primer paso, por un principio procesal básico: no puede incoarse ejecución sin título de ejecución. Creemos que ni siquiera una lectura literal del último inciso del artículo 42 de la LAM daba para

18. De la verificación de los requisitos de regularidad viene entonces tal calidad. *Vid*. J. Fernández Rozas,

esa conclusión. Cuando la norma señalaba que "Los laudos dictados dentro de un procedimiento de arbitraje internacional, tendrán los mismos efectos y serán ejecutados de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional", quería decir —y así lo sostenemos— que los laudos accedían a la fase de ejecución una vez que adquieran naturaleza de títulos de ejecución según el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Decíamos que el título de ejecución da derecho al interesado para iniciar el proceso de ejecución[19]. Pero, ¿de dónde nace aquella calidad? Si el título de ejecución se define como aquel "documento en el que consta la obligación de la parte contra la cual se ha de dirigir el proceso de ejecución" y por tanto, se basta a sí mismo al dar derecho a incoar la actividad ejecutiva —convirtiéndose así en un verdadero presupuesto procesal de la ejecución—, resulta conceptualmente difícil, por decir lo menos, asumir sin más tal calidad en una resolución extranjera, sea sentencia judicial o laudo.

Si, por otra parte, no hay razón de fondo para que el laudo internacional goce de mejor calidad que la sentencia extranjera (recuérdese nuestra adhesión a la tesis del equivalente jurisdiccional), a menos de que no exista un instrumento internacional que releve de este requisito, resulta incontestable que a través del exequatur que los homologa, estas resoluciones adquirirán *fuerza ejecutiva*. Sin ese proceso de homologación, que reconoce su fuerza de cosa juzgada, se dejaría de lado el principio *nulla exequtio sine titulo* ya mencionado.

Aun en espacios donde se ha discutido con fuerza la necesidad de eliminar el exequatur (inclusive para títulos no judiciales)[20], se ha advertido que las diferencias entre los ordenamientos procesales entre países hacen difícil llegar a ese objetivo. De ahí, pues, que en ausencia de una normativa internacional específica que elimine la necesidad de homologación, deba verificarse al menos si la resolución extranjera puede o no tener la calidad

y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*. 3ra. edición. Madrid: Civitas, 2004, pp. 214-232.

19. *Cfr.* L. Pietro-Castro y L. Ferrándiz, *Tratado de derecho procesal civil. Proceso declarativo*, t. II, Proceso de ejecución. 2da. Edición. Pamplona: Aranzadi, 1985, p. 686).

20. Por ejemplo, en la Unión Europea, con el Reglamento 805/2004, que busca suprimir la homologación para resoluciones judiciales, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia de créditos no impugnados. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV:l33190#amendingact> (acceso: 15 de julio de 2015).

en la que tanto se ha insistido, pues la ejecución, al final de cuentas, implica el uso de medidas de fuerza si el ejecutado no cumple voluntariamente con la decisión.

No es posible dejar de lado esta implicación y, aun con el recelo que pueda generar la intervención judicial —que también, hay que decirlo, suele manifestar su desconfianza hacia las decisiones que no provienen de su sede—, mientras el ordenamiento jurídico no otorgue potestad ejecutiva a los árbitros, o a los particulares, es necesario recalcar en que el exequatur otorga la calidad de título de ejecución a la resolución que inicialmente no tiene por qué gozar de esa calidad en un espacio territorial distinto a aquel en que fue expedida.

Aunque algunos han señalado que ni siquiera en instrumentos tan importantes como la Convención de Nueva York de 1958 se establece claramente el porqué de la distinción entre reconocimiento y ejecución, por lo cual debería más bien hablarse de *eficacia* de las resoluciones extranjeras[21], aquella separación continúa hasta la presente fecha, sin que se determine concretamente si el exequatur constituye o no un óbice o simplemente un trámite innecesario. Como se verá en el siguiente acápite, las convenciones de Nueva York y de Panamá no imponen requisitos que puedan considerarse gravosos; la eficacia debe mirársela en torno, principalmente, a la actuación del juez o tribunal receptor, quien deberá estar en primer lugar a lo dispuesto por el instrumento internacional respectivo.

3. El reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales en las convenciones de Nueva York de 1958 y Panamá de 1975

En este ámbito, se presentan dos elementos que dificultan la regulación del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales o arbitrales extranjeras: la presencia de elementos internacionales (sean personales o materiales) en el conflicto, y el hecho de que cada país cuenta con un ordenamiento procesal distinto. Nos referimos a esta última realidad para tener presente que la

21. *Cfr.* V. H. Guerra, "Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales". En: V. De Maekelt, et al. (Dir.), *Derecho procesal civil internacional.* Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2010, pp. 568-569.

ejecución de una resolución incumbe únicamente a los órganos judiciales del país receptor; en consecuencia, las normas sobre la materia se refieren a los requisitos aplicables a dicho trámite, y esas disposiciones necesariamente se referirán a los requisitos que un título de ejecución (categoría a la que hemos apelado para referirnos al laudo internacional) precisa para ser tal.

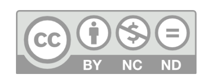
Los instrumentos internacionales surgen para unificar criterios y definir las prácticas que los países adoptarán en relación a una determinada institución; en suma, para facilitar la práctica en la materia de que se trate. En el caso del derecho procesal existe cierta dificultad, acaso motivada por la idea de que sus normas son de derecho público y, por tanto, indisponibles; pero las labores de unificación en esta materia han partido de la idea de que es necesario reconocer *instituciones* comunes a los distintos ordenamientos jurídicos[22], así como las bases que facilitan enormemente la colaboración interjurisdiccional.

La labor de organismos internacionales como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL por sus siglas en inglés), o de instituciones como el International Council for Commercial Arbitration (ICCA) ha sido y continúa siendo valiosa para definir esos criterios comunes y posibilitar así la adopción no solo de instrumentos internacionales, sino también guías para que los ordenamientos internos de los países se modernicen y adapten a las nuevas realidades. En el caso del reconocimiento y homologación de laudos internacionales, un valioso instrumento, la *Guía del ICCA para la interpretación de la Convención de Nueva York de 1958*[23], recuerda que los jueces de los Estados receptores se enfrentan en esta materia principalmente a dos retos:

1. la complejidad propia de los tratados internacionales;

2. lograr mantener su objetividad sin favorecer al nacional contra quien, por regla general, se pretende la ejecución del laudo internacional.

22. Prueba de ello, en el ámbito del derecho procesal, es el *Anteproyecto de Código procesal civil modelo para Iberoamérica* (Montevideo: Editorial M.B.A., 1988), o el *Proyecto de Código modelo de cooperación interjurisdiccional para Iberoamérica,* ya mencionado, preparados por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.
23. (Trad. al español de Alexander Aizenstatd), disponible en <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_comercial_conveciones_guia_interpretacion_convencion_NY.pdf>, p. 7.



Si bien los mecanismos procesales para el reconocimiento y ejecución de laudos internacionales contemplados por la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de Nueva York de 1958 (Convención de Nueva York) dependen, en buena parte, de la confianza que se pueda depositar en la actuación de los jueces nacionales, la *Guía* hace notar que el principio de reciprocidad puede jugar malas pasadas a la hora en que la parte interesada requiere de la colaboración de aquellos; por otro lado, siempre hay que tomar en cuenta que, en el proceso de recepción de los instrumentos internacionales, las legislaciones internas pueden alterar los principios sentados por la convención o el tratado en cuestión. La *Guía* recuerda —sobre la base de los principios de interpretación sentados por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969—, que el derecho contenido en instrumentos internacionales suscritos y ratificados por los Estados nacionales forma parte de su ordenamiento jurídico interno y, por tanto, los jueces están en la obligación de aplicar dicha normativa en el sentido que más favorezca a su efectiva vigencia.

Lo anterior, que parece una verdad incontestable, resulta sin embargo puesto a dura prueba cuando se trata de hacer eficaz un laudo internacional, no solo por el factor "desconfianza" que suele presentarse internamente frente a estas resoluciones —ello sucede aun con las sentencias judiciales extranjeras— sino también porque muchos jueces no conocen a profundidad las disposiciones de ciertos instrumentos internacionales, y porque la legislación interna no facilita, tampoco, el proceso de nacionalización del laudo[24].

La *Guía* señala que la finalidad de la Convención de Nueva York es "promover el comercio internacional y la resolución de conflictos internacionales a través del arbitraje", por lo cual sus disposiciones están destinadas a *facilitar* el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales; entonces, los tribunales receptores "deben de adoptar un enfoque a favor de la ejecución al interpretar la Convención", escogiendo, entre las varias interpretaciones posibles, aquella que beneficie el reconocimiento y ejecución de la decisión.

24. Un interesante resumen sobre las diversas posiciones adoptadas por las leyes arbitrales de los países latinoamericanos, puede encontrarse en F. CANTUARIAS, "Problemática general de la práctica del arbitraje internacional en Latinoamérica". En el panel: "Arbitration Developments in Latin America", New York State Bar Association, International Law and Practice Section, Santiago, noviembre de 2004; disponible en <http://www.law.ufl.edu/_pdf/academics/centers/cgr/7th_conference/PROBLEMATICA_GENERAL_DE_LA_PRACTICA_DEL_ARBITRAJE_INTERNACIONAL_EN_LATINOAMERICANA.pdf>; acceso: 16 de julio de 2015.

Ello es particularmente importante para que el juzgador receptor tenga presente que las causales para el reconocimiento y ejecución de un laudo internacional *deben ser interpretadas en forma restrictiva.* Además, el denominado "sesgo a favor de la ejecución" impone que, si existiesen otros instrumentos internacionales aplicables al caso, los tribunales receptores deben aplicar aquel que favorezca la máxima eficacia del laudo internacional[25]. Añadiremos que si el régimen legal del país receptor fuese aún más favorable, debería aplicarse preferentemente.

En la Convención de Nueva York, *el sesgo a favor de la ejecución* se manifiesta en el principio sentado por el artículo III: "[…] Para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales a que se aplica la presente Convención, no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados, que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales." Este es, en nuestro criterio, el aporte esencial de la Convención, que se desarrolla a continuación en los artículos IV y V.

La Convención de Nueva York trata insistentemente *sobre el reconocimiento u homologación* y sobre *la ejecución.* Creemos, pues, que en estos dos términos se sustenta, una vez más, el hecho de que el proceso de reconocimiento no puede ser obviado, a menos de que, como la Guía recuerda, exista un instrumento internacional más favorable o esa facilidad la incorpore la legislación procesal del país donde se pretende tenga eficacia el laudo. La frase "no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas" contenida en el artículo III, no debería interpretarse como una necesidad de eliminar el exequatur como paso previo. De todas formas, la Convención señala que todo el trámite se efectuará conforme las disposiciones procesales del país receptor, con arreglo a los principios sentados por ella. Lo que ha de buscarse, entonces, es acomodar la legislación del país receptor a la Convención, es decir, no imponer condiciones *adicionales* en ese sistema normativo.

Las situaciones descritas en el artículo IV, que trata de la demanda que el interesado ha de presentar (nuevamente, este término nos remite a

25. Ibídem.

un proceso previo de reconocimiento del laudo), se refieren a cuestiones de índole formal, necesarias en esencia para verificar que se haya respetado el debido proceso arbitral, que la decisión haya sido expedida por quien gozaba de jurisdicción de conformidad al convenio arbitral y que la resolución esté ejecutoriada:

a) El original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad;

b) El original del acuerdo a que se refiere el artículo II, o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad."

2. Si esa sentencia o ese acuerdo no estuvieran en un idioma oficial del país en que se invoca la sentencia, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución de esta última deberá presentar una traducción a ese idioma de dichos documentos. La traducción deberá ser certificada por un traductor oficial o un traductor jurado, o por un agente diplomático o consular.

El artículo V trata sobre los motivos para denegar el reconocimiento y ejecución del laudo, los cuales *deben ser probados* por la parte en contra de quien se insta el proceso. Esto quiere decir claramente que la carga de la prueba de la autenticidad del laudo, del cumplimiento de los requisitos atinentes al debido proceso arbitral, así como de la posibilidad de sujetar a arbitraje la materia de la controversia, recaerá, siempre, en el demandado/ejecutado. Por ello, creemos que es bastante difícil que el tribunal receptor pueda negarse a reconocer y ejecutar un laudo internacional, a menos de que existan graves violaciones al debido proceso arbitral o que la materia de la causa no haya sido materia del convenio, o no susceptible de someterse a este método alternativo de solución de controversias. Todas son cuestiones elementales y necesarias para sustentar, incluso, la legitimidad de las decisiones arbitrales internacionales.

Los motivos para negar el reconocimiento y ejecución de un laudo internacional contemplados en el artículo V señalan:

1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia; o

b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o

c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o

d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o

e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia.

2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba:

a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o

b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país."

No es posible, por razones de espacio, realizar un análisis pormenorizado del objeto de cada uno de estos motivos. No obstante esa limitación de espacio, diremos que pueden agruparse en:

1. causas relativas a la debida constitución de la relación jurídica en el proceso arbitral (numeral 1, letras a y b);

2. causas relacionadas con vicios de incongruencia (numeral 1, letra c);

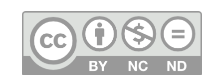
3. motivos relativos a la falta de jurisdicción y competencia del tribunal y a la materia del arbitraje (numeral 1, letra d y numeral 2, letras a y b);

4. motivos relacionados con la falta de ejecutoriedad del laudo (numeral 1, letra e). Todas, excepto la última, son cuestiones estrictamente procesales.

La Convención Interamericana de Panamá sobre arbitraje comercial internacional de 1975 (Convención de Panamá) no resulta tan completa como la de Nueva York, esencialmente porque no contiene una declaración minuciosa de los campos a los que es aplicable; no obstante, se infiere que es aplicable a laudos internacionales en materia comercial[26].

Aunque de primera mano puede afirmarse que sus disposiciones no se contradicen con las de la Convención de Nueva York, hay dos temas sobre los cuales vale la pena detenerse brevemente: [1] la Convención de Panamá establece que se deberá acompañar no solo copia auténtica de la

26. *Vid.* A. Van der Berg, "The New York Convention 1958 and Panama Convention 1975: redundancy or compatibility?", En: <http://www.newyorkconvention.org/publications/full-text-publications/full-text-publications/the-new-york-convention-1958-and-panama-convention-1975-redundancy-or-compatibility>, pp. 222-223 (acceso: 20 de julio de 2015).



sentencia o laudo, sino también del auto que demuestre que la resolución está ejecutoriada[27]; [2] se denegará el reconocimiento y ejecución si la parte contra quien se invoca el laudo internacional demuestra en el exequatur que en el procedimiento arbitral, no se pudo ejercer su derecho a la defensa[28]. Como se aprecia de su simple lectura, ninguna de las condiciones antes mencionadas comporta situaciones más gravosas que las establecidas por la Convención de Nueva York; en el último caso, la prueba de la posible vulneración del debido proceso arbitral incumbe siempre a la parte contra quien se hace valer el laudo.

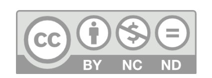
Finalmente, ambas convenciones coinciden en el hecho de que los procesos de homologación y ejecución del laudo por el tribunal receptor no deben implicar, bajo ninguna circunstancia, un pronunciamiento sobre el fondo del asunto; lo contrario implicaría desatender su espíritu e imponer una traba a la eficacia de los laudos internacionales.

En el siguiente acápite se analizará si la nueva normativa ecuatoriana impone otros requisitos, y si representa o no un avance en esta materia. Se analizará con un poco más de detalle lo relativo a la contradicción que pudiera presentar el laudo internacional con el *orden público* nacional, para establecer si, en este particular aspecto, el COGP ha impuesto una diferenciación razonable cuando se trata de laudos internacionales expedidos contra el Estado.

4. El Código Orgánico General de Procesos y las normas sobre homologación y ejecución de sentencias, laudos arbitrales y actas de mediación expedidos en el extranjero

En los números 1 y 2 de este artículo, analizamos que la normativa todavía vigente del CPC para la homologación y ejecución de resoluciones extranjeras es anticuada e insuficiente para regular tan importante materia; que el COFJ ha llenado el vacío relativo a la competencia para sustanciar

27. Artículo 3, letra c: "Los documentos de comprobación indispensables para solicitar el cumplimiento de las sentencias, laudos y resoluciones jurisdiccionales son los siguientes: […] c) Copia auténtica del auto que declare que la sentencia o el laudo tiene el carácter de ejecutoriado o fuerza de cosa juzgada."
28. Artículo 5: "1. Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a solicitud de la parte contra la cual es invocada, si esta prueba ante la autoridad competente del Estado en que se pide el reconocimiento y la ejecución: […] b.Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no haya sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no haya podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa".



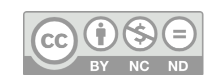
el exequátur y el procedimiento de ejecución posterior, y que el COGP derogó el último inciso del artículo 42 de la LAM, para que el trámite sea regulado íntegramente en el nuevo código procesal.

Para comprender todos estos temas, es necesario iniciar por el último aspecto. El inciso final del artículo 42 decía que los laudos internacionales tendrán los mismos efectos y serán ejecutados de la misma forma que los laudos nacionales. Esta disposición debía leerse en conjunto con el artículo 32 de la LAM, que señala que los laudos tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada, por lo cual se ejecutan del mismo modo que las sentencias de última instancia.

Como se estableció, no es posible desprender sin más que el laudo internacional goza de aquellas calidades, pues sin que se discuta sobre las resoluciones que adopta, solo adquiere carta de título de ejecución una vez que se ha verificado requisitos mínimos de regularidad. Aunque es necesario que los laudos internacionales se ejecuten prontamente, el proceso de reconocimiento tiene por objeto "prevenir eventuales infracciones al orden público ecuatoriano", y tal requisito —bien se ha argumentado— va en línea con lo señalado por la Convención de Nueva York[29].

El verdadero problema en la legislación todavía vigente se encuentra, como advertimos, en que la resolución resultante del exequatur, al sustanciarse en un proceso ordinario, sería susceptible de recursos ordinarios y extraordinarios y hasta acciones como la extraordinaria de protección; pero aun este severo inconveniente, creemos, no puede dar lugar a sostener que el examen de los requisitos de regularidad pueda efectuarse directamente en la fase de ejecución. Por esto, tampoco concordamos con la propuesta —formulada en relación a la legislación todavía vigente— de que el estudio sobre los requisitos de regularidad podría realizarse en el auto de mandamiento de ejecución, que forma parte de la vía de apremio[30], pues cualquier actividad cognitiva o decisoria —recuérdese que el demandado.

29. *Cfr.* C. Coronel Jones, "Presente y futuro del arbitraje comercial en el Ecuador: Hacia una nueva ley". En: *Latin Arbitration Law* (<http://www.latinarbitrationlaw.com/presente-y-futuro-del-arbitraje-comercial-en-el-ecuador-hacia-una-nueva-ley>); acceso: 23 de julio de 2015.
30. *Cfr.* X. Andrade Cadena, "Reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en el Ecuador: un camino inexplorado". En: <http://www.andradeveloz.com/newSite/descargas/publicaciones/reconocimiento_y_ejecucion_de_laudos_extranjeros_en_el_ecuador.pdf>, p. 12 (acceso: 23 de julio de 2015).



podría oponer una serie de argumentos contra la "nacionalización" del laudo— es ajena a esta etapa procesal, cuyo único objeto, incluido el auto antes señalado, es instrumentar la orden coercitiva del juzgador para dar vida a las disposiciones del título de ejecución.

Ya que al CPC le quedan pocos meses de vida, dejemos de lado esta preocupación y veamos, más bien, las ventajas y desventajas de la regulación contemplada por el COGP.

En el nuevo código se aprecia, en buena parte, la propuesta que formuló en su momento el Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal[31], desde el cual se aprecia que es necesario un proceso de homologación o reconocimiento cuyo objeto es verificar requisitos de regularidad de la decisión extranjera. Frente al CPC, puede afirmarse de modo general que tanto el exequatur como la fase de ejecución configuran un modelo más acorde con los tiempos actuales, aunque el articulado final del COGP difiere bastante en algunos puntos del proyecto del Instituto, especialmente en el tratamiento desigual, diríase de verdadero privilegio, cuando se trata de laudos dictados contra el Estado.

En primer lugar, destaca el hecho de que el trámite es aplicable tanto a sentencias como a laudos. Se incluye también a las actas de mediación, lo que refuerza la idea de que el exequatur es el mecanismo procesal ideal para regularizar la resolución extranjera.

El COGP deja en claro que el exequatur no tiene por objeto revisar el fondo del asunto resuelto por el tribunal internacional o extranjero, sino únicamente verificar requisitos de regularidad (artículo 103); se señala también que la fuerza de la resolución tiene su sustento en primer lugar en los instrumentos internacionales ratificados por Ecuador; igualmente, se determina que en materia de niñez y adolescencia, se estará a lo dispuesto por el código de la materia y los instrumentos internacionales respectivos[32].

31. Projusticia-Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal, *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, Quito, Abya Yala, 2007.
32. En esta materia se ha considerado necesario otorgar una tutela muy expeditiva. En ciertos procesos, como el contemplado en la Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias (R.O.-S 153 de 25 de noviembre de 2005), es posible incoar directamente la ejecución "en forma sumaria" (artículo 13), incluso de resoluciones que han sido apeladas, pues la convención determina expresamente que el recurso en materia de obligaciones alimentarias no tiene efecto suspensivo. También se aplica este beneficio a autos interlocutorios y medidas provisionales expedidas en materia de alimentos (artículo 17).

La competencia para el exequatur, como se había señalado, corresponde a la sala de la corte provincial competente en razón de la materia, del domicilio de la persona contra quien se hará valer la resolución. El tribunal deberá verificar (artículo 104):

1. Que tengan las formalidades externas necesarias para ser considerados auténticos en el Estado de origen.

2. Que la sentencia pasó en autoridad de cosa juzgada conforme con las leyes del país en donde fue dictada y la documentación anexa necesaria está debidamente legalizada.

3. Que de ser el caso, estén traducidos.

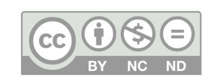
4. Que se acredite con las piezas procesales y certificaciones pertinentes que la parte demandada fue legalmente notificada y que se haya asegurado la debida defensa de las partes.

5. Que la solicitud indique el lugar de citación de la persona natural o jurídica contra quien se quiere hacer valer la resolución expedida en el extranjero.

Para efectos del reconocimiento de las sentencias y laudos arbitrales en contra del Estado, por no tratarse de asuntos comerciales, deberá además demostrarse que no contrarían las disposiciones de la Constitución y la ley, y que estén arregladas a los tratados y convenios internacionales vigentes. A falta de tratados y convenios internacionales se cumplirán si constan en el exhorto respectivo o la ley nacional del país de origen reconoce su eficacia y validez.

Como se aprecia de esta disposición, los números 1, 2, 3 y 5 no implican mayor problemática y reiteran los requisitos que también se encuentran en la Convención de Nueva York y la Convención de Panamá. Entonces, es necesario detenerse en el número 4 y en el último inciso.

El número 4 podría inicialmente interpretarse como una carga para el requirente, quien debería probar, que se respetaron los aspectos relativos al debido proceso que se indican en el artículo. Pero dicha "carga" se supli-

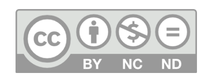


ría y se lograría, formalmente, si el requirente acompaña la copia del expediente, y de piezas procesales tales como las razones de citación/notificación, de la cláusula arbitral o del contrato que lo contiene y de la resolución en donde el tribunal ha decidido sobre su competencia y los aspectos formales de los medios probatorios presentados por las partes. No cabría, bajo ninguna circunstancia, que se realice un análisis sobre temas como la negativa del tribunal a actuar alguna prueba por impertinente o inconducente, o respecto a la motivación del tribunal.

Por otra parte, el "sesgo a favor de la ejecución" contenido en la Convención de Nueva York y que también se encuentra en la Convención de Panamá, se debería expresar en el exequatur como manifestación del principio *pro actione,* el cual obliga a jueces y tribunales a interpretar la norma procesal de la forma que más favorezca el derecho a la tutela efectiva[33]. El artículo 103 tácitamente incorpora el principio al señalar la fuerza de la resolución tiene su sustento en primer lugar en los tratados y convenios internacionales ratificados por Ecuador. Y hacia allá debe mirarse en primer lugar, además, por un evidente principio de supremacía normativa de aquellos instrumentos internacionales.

Mención aparte merece, igualmente, el último inciso del artículo 104 del COGP. Esta disposición, que no constaba en el proyecto resultado del segundo debate en la Asamblea Nacional, y que se incorporó gracias al veto del Ejecutivo, aumenta —en forma por demás confusa— un requisito que no se verifica en el caso del reconocimiento de laudos expedidos en procesos seguidos entre particulares. Aunque el veto señala que "[…] tratándose de sentencias y laudos arbitrales en contra del Estado, es necesario aclarar que sus actos y contratos se encuentran excluidos de la materia mercantil, pues ejerce una atribución incompatible con tal materia, habida cuenta que nace de las previsiones expresas de la Constitución de la República y la Ley"[34]; no existe razón de fondo para argumentar que solo en estos casos debería verificarse la conformidad del laudo con las disposiciones constitucionales y legales, "por no tratarse de asuntos comerciales". ¿Acaso un laudo internacional no podría incurrir en este problema en otros casos?

33. V. Aguirre Guzmán, *Tutela jurisdiccional del crédito en Ecuador*. Quito: Ediciones Legales/UASB-Ecuador, 2012, p. 143.
34. Presidencia de la República (Ecuador), *Objeción parcial al proyecto de Código Orgánico General de Procesos*,



En el proyecto de la Asamblea Nacional se decía inicialmente que la resolución extranjera no debía contrariar la Constitución y la ley, evitando el siempre indefinido —diríase por desconocido— concepto de "orden público", el cual podía abrir una puerta demasiado grande, ya que, como ha explicado la doctrina nacional, "orden público" no debería identificarse con el ordenamiento jurídico interno[35], justamente, para salvar este tipo de dificultades. Con todo, el término se ha conservado en los instrumentos internacionales y se ha incorporado en la ley modelo de la CNUDMI para "atender a principios fundamentales de legislación y justicia tanto en el aspecto sustantivo como en el de procedimiento. Así, ciertos casos como la corrupción, el soborno, o el fraude y otros graves análogos constituirían un motivo de anulación"[36].

En cuanto al procedimiento para sustanciar el exequatur, el COGP (artículo 105) establece un término muy corto (cinco días) para que el requerido presente y sustente su oposición, la cual solo debería admitirse si se acompaña a la oposición la prueba respectiva: debe tenerse presente que el código ha consagrado como regla general la de no admitir pretensiones/excepciones o defensas sin acompañar los medios probatorios destinados a sustentar cada alegación. Precisamente, esta regla da para sostener que incumbe al requerido la carga de la prueba de que la resolución extranjera no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 104.

De la resolución que expida la sala respectiva de la Corte Provincial, no cabe sino aclaración o ampliación, con lo cual se resuelve el problema advertido de la posibilidad, en el sistema actual, de alargar el proceso de exequatur vía interposición de recursos y acciones.

remitido el 29 de abril de 2015 a la Asamblea Nacional mediante oficio No. T.6344-SGJ-15-336, p. 13.

35. *Vid.* X. Andrade Cadena, "Reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros…", p. 12.

36. *Cfr.* J. Marín González, y R. García Mirón, "El concepto de orden público como causal de nulidad de un laudo tratándose de un arbitraje comercial internacional". En: *Revista de Derecho* (Valdivia), Valdivia, vol. 24, n. 1, julio de 2011 (disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502011000100006&lng=es&nrm=iso>; acceso: 22 de julio de 2015). Estos autores explican que en la comisión que redactó el articulado de la ley modelo de la CNUDMI, "[…] quedó entendido que [la expresión orden público] no equivalía a la posición política o a la política internacional de un Estado, sino que abarcaba los conceptos y principios fundamentales de justicia. Se señaló que en algunos ordenamientos de tradición anglosajona ese término podría ser interpretado en el sentido de no incluir los principios de justicia procesal. Sin embargo, la Comisión estuvo de acuerdo en que debía conservarse ese apartado, ya que todos los sistemas de tradición de "derecho civi" están inspirados en el concepto francés de 'ordre public', en el que se consideran contenidos de los principios de justicia procesal; igualmente que su inserción en muchos tratados abarca los principios de legislación y justicia…".

Una vez ejecutoriada la sentencia homologatoria, se procederá a ejecutar la resolución, en la misma forma que las decisiones nacionales. La ejecución corresponde al juez del lugar del domicilio del requerido, competente en razón de la materia.

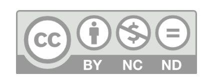
La disposición del artículo 106 del COGP merece una mención aparte. Esta norma señala que si se pretende introducir como medio probatorio una sentencia, laudo arbitral o acta de mediación expedidos en el extranjero, deberá seguirse previamente el proceso de homologación. La razón es simple: si se otorgase esta competencia directamente al juez del respectivo proceso con el argumento de que el documento incorpora únicamente un medio de prueba, este camino podría ser utilizado para evitar la tramitación del exequatur y alegar que la resolución extranjera fue homologada.

La fase de ejecución en el COGP está regulada en forma más adecuada que en el CPC; analizar cada una de sus disposiciones implicaría otro artículo. Diremos nada más que el principio pro actione vuelve a hacerse presente en aquella fase, cuando el COGP establece, de modo general, que incumbe al juez verificar que las disposiciones del título de ejecución se hagan realidad, para lo cual deberá dictar las disposiciones que sean necesarias a tales efectos[37].

5. Conclusiones

Al reconocimiento y homologación de laudos internacionales le falta un largo camino por recorrer en Ecuador. Las nuevas condiciones normativas establecen una serie de requisitos que, como se ha podido comprobar, están en su mayoría alineadas con lo dispuesto por la Convención de Nueva York y la Convención de Panamá, y resultan mucho más completas que las del CPC, que está a punto de fenecer. Sin embargo, se establece una excepción inaceptable respecto a los laudos internacionales dictados en contra del Estado, lo cual sin duda atentará contra la eficacia de dichas resoluciones.

37. Artículo 364: "Facultades de la o del juzgador y de las partes. La ejecución se circunscribirá a la realización o aplicación concreta de lo establecido en el título de ejecución. Las partes actuarán en plano de igualdad, pero se limitarán exclusivamente al control del cumplimiento del título de ejecución, conforme con la ley." Artículo 365.- Acceso a información de datos del ejecutado. La o el juzgador tendrá la facultad de acceder de oficio o a petición de parte, a los registros públicos de datos de la o del ejecutado, para recabar información relacionada con sus bienes. Además, brindará a la o el ejecutante todo el apoyo y facilidades para la realización de los actos necesarios dentro de la ejecución.



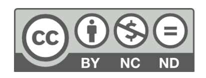


Para la homologación de laudos internacionales y su posterior ejecución, la sala respectiva de la corte provincial y el juzgado de primera instancia, respectivamente, deberán verificar en primer lugar lo que establece el instrumento internacional respectivo e interpretar en todo caso las disposiciones del COGP en armonía con *sesgo a favor de la ejecución* contemplado en el artículo 103.

Este sesgo además deberá ser interpretado por los tribunales nacionales en la tramitación del exequatur de manera que se refuerce la eficacia del laudo internacional. Las causales que se pueden invocar en contra de su homologación deben ser probadas no por requirente, sino por el requerido, porque en el exequatur no pueden discutirse asuntos de fondo que ya fueron resueltos en el laudo. La razón es obvia: la carga de la prueba debe recaer en la parte a quien beneficiaría la alegación de que el laudo no es eficaz porque solo a ella le beneficia.

Estaríamos, por otra parte, ante un escenario de contradicción bastante restringido, cuyo objeto, en todo caso, sería verificar únicamente requisitos relacionados a la observancia del *debido proceso arbitral*, la congruencia del laudo o la competencia del tribunal arbitral, sin que ninguna de estas tres condiciones obligue a probar nada adicional a quien requiere ejecutar, finalmente, el laudo, ya que éste viene revestido de una presunción de validez.

Cualquier interpretación contraria vulneraría el principio *pro actione* y por consiguiente el artículo 75 de la Constitución de la República que consagra el derecho a la tutela efectiva, que también rige para el reconocimiento y ejecución de laudos internacionales.



Introducción a la valoración de daños (con aplicación al arbitraje)

*Oswaldo Santos Dávalos**

SUMARIO: **1.** Introducción. **2.** Objetivo del régimen de daños. **3.** Métodos de valoración. **3.1.** Los métodos intrínsecos (y el flujo de fondos descontado). **3.2.** Los métodos relativos. **3.3.** Los métodos basados en el valor de los activos. **3.4.** Otros aspectos relevantes en la valoración. **4.** Consideraciones jurídicas. **4.1**. Causa del daño. **4.2.** Tipo del daño. **4.3.** Cláusula penal. **4.4.** Congruencia. **4.5.** Mora. **4.6.** Exposición al daño. **4.7.** Mitigación del daño. **5.** Resumen y conclusiones.

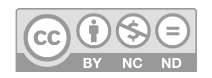
1. Introducción

Prevalecer con una demanda arbitral es una tarea compleja[1]. Primero se debe convencer al tribunal de que es competente para dirimir la controversia[2]. Luego, a más de cumplir con una serie de presupuestos procesales[3], debe demostrarse la existencia del daño y que el demandado es responsable. Pero todo eso no basta: probar la existencia del daño no garantiza que el actor vaya a recibir el resarcimiento que espera, ya que tiene también la carga de demostrar la cuantía de los perjuicios que ha sufrido.

---

*Socio de Santos Burbano de Lara | Abogados; profesor de la Universidad San Francisco de Quito y de la Universidad Andina Simón Bolívar, cofundador del Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas; M. Sc. en Derecho y Finanzas por la Universidad de Oxford, abogado *summa cum laude* por la Universidad San Francisco de Quito y economista por la Universidad Técnica Particular de Loja.

1. Por ejemplo, únicamente el 46% de los laudos proferidos bajo las reglas CIADI admitió las pretensiones del reclamante en todo o en parte. El 28% de los laudos rechazó la solicitud de arbitraje en su totalidad y el 25% declaró no tener jurisdicción. En el 1% de los casos se decidió que el reclamo carecía manifiestamente de mérito. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, "The ICSID Caseload- Statistics (Issue 2014-2)". Disponible en: https://CIADI.worldbank.org/apps/CIADIWEB/resources/Documents/CIADI%20Web%20Stats%202014-2%20%28English%29.pdf. Tabla 8a.
2. La primera decisión que el tribunal arbitral debe tomar en la audiencia de sustanciación es la relativa a su competencia, según reza el artículo 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación.
3. Como explica Véscovi, los presupuestos procesales son "los requisitos necesarios para que pueda constituirse un proceso válido, o una relación procesal válida". E. Véscovi, *Teoría general del proceso*, 2da ed. actualizada, Bogotá: Temis, 2006, p. 81. En realidad, los presupuestos procesales pueden no afectar la validez del proceso, pero sí ser necesarios para poder dictar una sentencia que se pronuncie sobre el fondo, como ocurre con la legitimación en la causa.



Cuantificar los daños puede ser muy engorroso, dado que es una labor inherentemente económica[4], en la que los aspectos jurídicos tienen relativamente menos importancia. La práctica judicial ecuatoriana, que debería servir de referente, nos ha dado varios ejemplos de cómo no realizar una valoración de daños adecuada[5]. La situación en el arbitraje de inversión, como explica Ripinsky, tampoco es la ideal, ya que hay la impresión de que no hay un enfoque sistemático y coherente para aproximarse a las cuestiones de compensación[6], lo que genera incertidumbre sobre el resultado de las controversias[7].

Pero no hay duda de que la cuantificación de los daños es muy importante. Por ejemplo, hay arbitrajes de inversión que involucran cuantías

---

4. G. Sidak, "The Use of Economists as Arbitrators or Tribunal-Appointed Experts", p. 11.
5. Un ejemplo tristemente célebre es la sentencia de 17 de diciembre de 2007 dictada por el juez segundo de lo civil de Pichincha en el juicio entre Nueva Industria Farmacéutica Ecuatoriana NIFA S.A. (que después pasó a llamarse Prophar S.A.) y Merck, Sharp & Dohme (en adelante, "caso Merck"), en la que se otorgó a la actora una indemnización de USD 200 millones sin dar explicación plausible alguna de cómo realizó esa valoración. Según reza la parte relevante del fallo: "La compañía actora ha sufrido dos clases de perjuicios: En primer término, ha de invertir tiempo y dinero para llevar adelante las infructuosas negociaciones con la Compañía demandada ya que incluso hay prueba en el proceso que los representantes de la demandada han debido viajar al exterior para mantener reuniones con los personeros de la demandada. Por otro lado, al habérsele frustrado su programa de crecimiento, a través de los actos de engaño que sufrió y vi que buscaban impedir que hiciera competencia Merck Sharp [&] Dohme (ínter American) [sic] Corporation ha dejado de recibir ingresos que pudo haber obtenido se hubiera contado con una planta industrial que contara con una mayor capacidad de producción. Para valorar los perjuicios se debe tener en cuenta no sólo la competencia que hubiere hecho a la demandada (esta [sic] mismo ha valorado los montos de las posibles pérdidas en ventas que le hubiere ocasionado la competencia de la actora), sino también la competencia que hubiera podido hacer a otras compañías que comercializa sus productos en el mercado farmacéutico. En Ecuador se comercializa productos farmacéuticos por un valor superior a los USD $ 400000.000,00 valor que nos da idea del enorme volumen de ventas que existe en este mercado. De acuerdo con las proyecciones presentadas por Nueva Industria Farmacéutica Asociada S.A. (Nifa S.A.) a Merck Sharp & Dohme (ínter American) [sic] Corporation para el año 2002 se habrían alcanzado el 16% de participación en el mercado, lo que supone que podría haber alcanzado ventas cercanas o superiores a los USD $ 60000.000,00. Todo este proceso se ha truncado las posibilidades de crecimiento se han visto dificultadas [sic] como consecuencia de los actos de engaño que la demandada sufrió. No resultaba desproporcionado determinar la existencia de un perjuicio millonario que se ha ocasionado a la Compañía actora como consecuencia directa de los actos de engaño realizadas por la Compañía demandada y que llevaron al establecimiento de una barrera para el ingreso de Nueva Industria Farmacéutica Asociada S.A. (Nifa S.A.) con sus nuevos productos al mercado lo que estuvo originado por el deseo de la compañía demandada de evitar la competencia, que en sus propias palabras erosionan su participación en el mercado. Por las consideraciones expuestas, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se acepta la demanda planteada por Nueva Industria Farmacéutica Asociada S.A (Nifa S.A.) en contra de Merck Sharp & Dohme (ínter American) [sic] Corporation y rechazándose las excepciones planteadas por la demandada se dispone que esta pague a la actora, a título de indemnización por los daños y perjuicios que le ha ocasionado la suma de doscientos millones de dólares de los Estados Unidos de América (USD $ 200000.000,00) más los intereses a partir de la presente fecha hasta la total cancelación de la indemnización […]".
6. A lo largo de este trabajo utilizaremos el término "compensación" como un sinónimo de "resarcimiento". No debe confundírsela, sin embargo, con la compensación como modo de extinguir las obligaciones.
7. S. Ripinsky, "Assessing Damages in Investment Dispuntes: Practice in search of perfect", en: J*ournal of World Investment and Trade,* Vol. 10, No. 1, 2009, p. 1.

superiores al producto interno bruto de algunos países[8]. En esos casos, pequeñas diferencias en la metodología de valoración pueden suponer variaciones de decenas de millones de dólares en la condena. La valoración de daños también es importante porque hay controversias que yacen esencialmente en determinar el valor de un activo, como sucede en los casos de expropiación[9].

Eso explica la tendencia cada vez mayor, tanto en el arbitraje doméstico como en el internacional, a que los tribunales arbitrales expliciten sus fundamentos para determinar el quantum del resarcimiento debido al actor[10].

Son varios los beneficios para los practicantes del arbitraje de estudiar los métodos de valoración de daños. Primero, la determinación previa de los perjuicios ayudará a establecer si se justifica iniciar un arbitraje, ya que así puede conocer a cuánto podría aspirar el potencial reclamante. Con ese análisis preliminar se sabrá si se justifica entablar una demanda arbitral, con todos los costos que representa[11].

Segundo, porque puede ayudar a alcanzar un acuerdo negociado. Si ambas partes realizan una valoración adecuada de los daños, será mucho más probable que puedan llevar a cabo una negociación fructífera. Cada parte tendrá una idea de qué es lo que puede esperar en caso de que el tribunal dirima la controversia. Así también se sabrá cuán atractiva es para la otra parte la alternativa de continuar con el arbitraje. Por el contrario, si una de las partes tiene aspiraciones no fundamentadas en una valuación seria, la otra seguramente preferirá esperar la decisión del tribunal[12].

8. Por ejemplo, la condena impuesta a Rusia en el caso conocido como Yukos, que consistió en tres arbitrajes paralelos (en adelante, *"caso Yukos"*), de más de 50 mil millones, es superior al producto interno bruto de 2013 de Nicaragua, Honduras, Chad y Belice combinados. Ver: *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) vs. Federación Rusa,* Caso CPA No. AA 228, laudo de 18 de julio de 2014; *Yukos Universal Limited (Isle of Man) vs. Federación Rusa,* Caso CPA No. AA 227, laudo de 18 de julio de 2014: *y, Veteran Petroleum Limited (Cyprus) vs. Federación Rusa,* Caso CPA No. AA 229, laudo de 18 de julio de 2014.
9. Por ejemplo, *Guaracachi America, Inc. y Rurelec PLC vs. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CPA No. 2011-17; *Tidewater Investment SRL vs. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI ARB/10/25.
10. *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V. et al. vs. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/07/27, Anexo 1; en el orden local, un buen ejemplo es el laudo de 12 de noviembre de 2012 dictado por el tribunal arbitral independiente para el caso Juan Carlos Chaparro en contra del Estado ecuatoriano, dentro del arbitraje ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pp. 125 y ss.
11. Por ejemplo, los costos del arbitraje en el caso Yukos, según la estimación del tribunal, ascendieron a 8,440,000 euros. Los costos de los abogados de los actores ascendieron a aproximadamente 80 millones de dólares y los de los abogados de la defensa, a aproximadamente 27 millones. *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. Federación Rusa*, Caso CPA No. AA 227, pp. 1866, 1873 y 1874
12. G. Sidak, "The Use of Economists as Arbitrators or Tribunal-Appointed Experts", p. 1.

Tercero, porque las partes buscarán presentar una estimación de daños que favorezca a sus intereses[13]. La práctica arbitral —especialmente en el arbitraje internacional— demuestra que los expertos tienen pocos reparos en introducir supuestos en sus análisis con el fin de justificar valoraciones que convengan a los intereses de sus respectivos clientes. Es tarea de los abogados y de los árbitros poder identificar esas racionalizaciones, entender en qué consisten y en qué medida afectan a la cuantificación de los daños.

Con ese antecedente, el objetivo de este trabajo es hacer una muy breve introducción a los métodos de valoración de daños. No se pretende presentar un análisis exhaustivo sobre las técnicas de valoración ni tampoco dar respuesta a todos los temas que tienen relevancia en ese respecto. Sencillamente se busca exponer algunas nociones que, en nuestro sentir, pueden ser de auxilio para los tribunales y para las partes al asumir muchas veces la compleja labor de determinar el *quantum* de los daños.

Para el efecto nos serviremos del siguiente esquema: en primer lugar explicaremos cuál es el objetivo del régimen de responsabilidad civil; luego nos referiremos a los principales métodos de valoración de daños; más adelante expondremos algunas consideraciones jurídicas que pueden ser relevantes al calcular el resarcimiento debido al actor; y, finalmente, expondremos nuestras conclusiones.

2. Objetivo del régimen de daños

Como explica Kantor, una de las preguntas que se debe responder al determinar el estándar de compensación aplicable es *qué es lo que se busca* con él[14]: ¿Se debe dejar al actor en la posición en la que habría estado en ausencia del ilícito o en la situación en la que estaba antes de realizar su inversión? Yendo más allá, ¿se debe buscar resarcir a la víctima o sancionar al responsable del daño?

13. Ibídem, p. 2.
14. M. Kantor, *Valuation for Arbitration,* Kluwer Law International, 2008, p. 6.

El propósito esencial del régimen de responsabilidad civil de la mayoría de ordenamientos jurídicos es reparar el daño causado a la víctima, lo que quiere decir dejarla en la posición en la que habría estado en ausencia del ilícito[15]. Lo mismo ocurre con nuestro ordenamiento. El objetivo de nuestro Derecho de daños no es sancionar al responsable de la infracción, sino resarcir al perjudicado. Es por eso que el régimen de reparación de daños no puede convertirse en un "filón de enriquecimiento"[16].

En materia de actos internacionalmente ilícitos, la compensación se basa en el principio afirmado por la Corte Permanente de Justicia Internacional en caso de la fábrica *Chorzów,* en el que se estableció que la compensación debe, en la medida de lo posible, eliminar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido si dicho acto ilícito no se hubiera cometido[17].

En el contexto del arbitraje de inversión, generalmente lo que se busca determinar es el valor justo de mercado de un activo[18]. El *valor justo de mercado* se define como el precio al que el activo sería vendido entre un comprador y un vendedor hipotéticos e independientes, si tuvieran información suficiente sobre el activo e hicieran la transacción de manera prudente y sin coacción de ningún tipo[19]. Como dijo el tribunal de *Compañía del Desarrollo de Santa Elena vs. Costa Rica,* el valor justo de mercado es lo que un comprador hipotético estaría dispuesto a pagar a un vendedor hipotético[20]. Según Dolzer, *"compensation for expropriation, as expressed in the investment's fair market value, is an*

15. I. Marboe, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, Oxford University Press, 2009, p. 27.
16. Fallo de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia dentro del expediente de casación 79, en el juicio 43-2002, publicado en el Registro Oficial 87 de 22 de mayo de 2003. Además, como sostuvo la misma Sala en su fallo dictado dentro del expediente 501, en el recurso de casación 239-2000, publicado en el Registro Oficial 284 de 14 de marzo de 2001, "el deber es de reparar el daño y nada más que el daño en su integridad, ya que tampoco constituye fuente de enriquecimiento para la víctima del ilícito".
17. Como dijo la Corte, "Reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the ilegal act and re-establish the situation wich would, in all probability, have existed if that act had not been commited". Citado por J. Baker, en: "The Different Forms of Reparation: Compensation", en: The Law of International Responsibility, James Crawford, Alain Pellet y Simon Olleson, (Dir.), Oxford University Press, 2010, p. 600.
18. Como explica Marboe, "The standard of 'fair market value' as the basis for calculating the amount of compensation appears in many BITs and model BITs". I. Marboe. *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, Oxford University Press, 2009, p. 49.
19. M. Kantor, *Valuation for Arbitration*. Kluwer Law International, 2008, p. 30.
20. *Compañía del Desarrollo de Santa Elena SA vs. Costa Rica,* Caso CIADI ARB/96/1, laudo de 17 de febrero de 2000, p. 73, citado por I. Marboe. *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law,* Oxford University Press, 2009, p. 51.

objective standard that looks at the amount that a willing buyer would normally pay to a willing seller in a free transaction, at arm's length"[21]. Ese estándar de compensación no busca enriquecer al perjudicado, sino otorgarle un monto equivalente al que habría obtenido si hubiera vendido el activo en cuestión en el mercado.

Por lo tanto, al cuantificar los daños no se puede perder de vista que el resarcimiento no puede dejar a la víctima en una situación más favorable que la que tenía antes del ilícito.

3. Métodos de valoración de daños

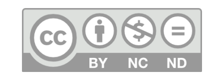
Con esos antecedentes, a continuación revisaremos tres de los principales métodos de valoración de daños. El primero, el método de flujo de fondos descontado (*discounted cash flow* o "DCF"), es el método intrínseco más importante. Luego nos referiremos en general a los métodos de valoración relativa, que son los que se basan en el valor de activos comparables. Más tarde haremos una revisión muy superficial del método de valoración con base en el valor de los activos. Concluiremos refiriéndonos a dos temas de interés, como son la determinación de la fecha de valoración y el escenario contrafáctico.

3.1. Los métodos intrínsecos (y el método de flujo de fondos descontado)

Los métodos intrínsecos determinan el valor de un activo con base en los flujos de efectivo que ese activo vaya a generar. Dejando todo lo demás igual, mientras mayores sean los flujos que un activo vaya a recibir y menor sea su riesgo, su valor será mayor.

Los métodos intrínsecos nos ayudan a establecer cuál es el v*alor presente neto* de un proyecto. ¿Por qué necesitamos establecer el valor presente neto? Porque el valor del dinero cambia a lo largo del tiempo. Dos flujos de efectivo no pueden ser comparados si ocurren en momentos distintos. Para poder comparar esos flujos, como explicaremos más adelante, requerimos

21. R. Idolzer y C. Scheurer, *Principles of International Investment Law*, 2da ed., Oxford University Press, 2012, p. 297.



hacer uso de una herramienta denominada “tasa de descuento”. De allí que este método se denomine “flujo de fondos *descontados*”.

La variación del valor del dinero en el tiempo se debe a tres factores:

- Primero, a que la capacidad adquisitiva del dinero se ve afectada por el paso del tiempo;
- Segundo, a que los flujos futuros están expuestos a un riesgo; y,
- Tercero, a que las personas prefieren el consumo presente al consumo futuro.

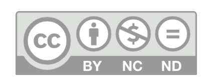
El DCF es el tipo más popular de los métodos valoración intrínsecos[22]. A continuación revisaremos los pasos que se debe seguir para aplicar ese método.

3.1.1. Cálculo de los flujos libres de efectivo

El primer paso para valuar un activo aplicando el método DCF consiste en determinar cuáles van a ser las entradas y salidas *marginales* de efectivo y establecer cuándo van a ocurrir. Para ello podemos servirnos de una línea de tiempo. Supongamos que un proyecto va a generar de ingresos incrementales de USD 100 y significará erogaciones de USD 75 cada año durante seis años. Los flujos libres de efectivo serían los siguientes:

	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5	Año 6
Entradas de efectivo (EE)	USD 100	USD 100	USD 100	USD 100	USD 100	USD 100
Salidas de efectivo (SE)	USD 75	USD 75	USD 75	USD 75	USD 75	USD 75
Flujos libres (FL = EE-SE)	USD 25	USD 25	USD 25	USD 25	USD 25	USD 25

22. M. Kantor, *Valuation for Arbitration,* Kluwer Law Internationa*l, 2008, p.*



Cabe hacer algunas acotaciones. La primera es que debemos analizar los flujos netos, es decir la diferencia entre las entradas y las salidas de efectivo. Al realizar una valoración no podemos basarnos únicamente en los ingresos pronosticados del proyecto. Hay que tomar en cuenta también las salidas de efectivo que se vaya a realizar. Por lo tanto, si un actor pretendiera ser resarcido por las "ventas" que no pudo efectuar, el monto de los perjuicios sufridos por él necesariamente sería inferior al monto de dichas ventas, ya que también deberían tomarse en cuenta los costos en los que habría tenido que incurrir.

La segunda acotación es que no se puede sumar los flujos netos para determinar cuál es el valor de ese proyecto el día de hoy. Ya se explicó que flujos que ocurren en distintos momentos no pueden compararse entre sí. Primero sería necesario *descontarlos* haciendo uso de la tasa de descuento, un concepto que revisaremos más adelante.

La tercera acotación es que nos interesa calcular las entradas y salidas de efectivo y no necesariamente la utilidad contable. La utilidad contable no es un referente útil porque muchos ingresos y egresos contables no suponen una entrada o salida de dinero[23]. Es por eso que el cálculo de los flujos libres de efectivo no puede tomar como referencia, sin más, los estados de pérdidas y ganancias o las declaraciones de impuestos, ya que esos documentos consideran como ingresos o egresos a operaciones que pueden no implicar la entrada o salida de efectivo, respectivamente.

Además, como quedó dicho, nos interesan los flujos marginales o incrementales. Esto tiene una relevancia muy grande al valorar los daños, ya que no puede concederse al reclamante sino los beneficios que habría recibido en ausencia del ilícito, es decir en el escenario contrafáctico. Nos referiremos al escenario contrafáctico más adelante.

Finalmente, hay que prestar atención a *qué* es lo que se está valorando. Si se está determinando el valor de la firma en su totalidad, incluyendo

23. Por ejemplo, la depreciación, que es un egreso contable, no supone una salida de efectivo. Por ese motivo, sería un error incluir los montos de depreciación en el cálculo de los flujos libres de efectivo. Un aumento en el capital de trabajo puede significar un aumento en la utilidad contable pero puede no involucrar una entrada de efectivo. Del mismo modo, los gastos de capital (conocidos como capex) no se registran contablemente pero sí suponen una salida de efectivo, por lo que sería necesario tomarlos en cuenta al determinar los flujos libres de efectivo.

sus pasivos y su capital, deberemos tomar en consideración unos flujos de efectivo distintos a los que usaríamos si estuviéramos valuando únicamente el capital.

3.1.2. Tasa de crecimiento

El segundo paso para determinar el valor presente neto de un proyecto consiste en determinar la tasa de crecimiento de las entradas y salidas de efectivo. Es uno de los aspectos más importantes dentro de la valoración[24].

El pronóstico exacto de las variaciones de los flujos es imposible porque está sujeto a un número de variables infinito. Sin embargo, en ciertos casos podemos pronosticar la tasa de crecimiento extrapolando la información histórica[25].

En nuestro ejemplo, supongamos que el proyecto generó USD 100 durante el primer año y que los ingresos y egresos crecieron creciendo a razón del 10% durante 3 años.

	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5	Año 6
Entradas de efectivo (EE)	USD 100	USD 110	USD 121	USD 133.1	¿?	¿?
Salidas de efectivo (SE)	USD 75	USD 82.5	USD 90.75	USD 99.82	¿?	¿?
Flujos libres (FL= EE-SE)	USD 25	USD 27.5	USD 30.25	USD 33.28	¿?	¿?

Con esa información podríamos inferir que los ingresos en los años 5 y 6 seguirán creciendo a razón del 10% [26]:

24. A. Damodaran, *Investment Valuation. Tools and Techniques for Determining the Value of Any Asset*, Wiley Finance. 3ra. ed. Nueva Jersey: 2012, p. 271.
25. Ibídem.
26. Sin embargo, hay que tener cuidado. Es probable que una empresa no mantenga el ritmo de crecimiento de los primeros años de manera indefinida. Una vez que la firma haya madurado, su tasa de crecimiento seguramente

	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5	Año 6
Entradas de efectivo (EE)	USD 100	USD 110	USD 121	USD 133.1	USD 146.41	USD 161.05
Salidas de efectivo (SE)	USD 75	USD 82.5	USD 90.75	USD 99.82	USD 109.80	USD 120.78
Flujos libres (FL= EE-SE)	USD 25	USD 27.5	USD 30.25	USD 33.28	USD 36.60	USD 40.26

3.1.3. Tasa de descuento y el factor de descuento

El tercer paso para determinar el valor presente neto consiste en determinar la tasa de descuento. La tasa de descuento es la herramienta que nos permite transportar un flujo de efectivo a distintos momentos en el tiempo. Es por eso que, como explica Kantor, "*selecting the proper discount rate is central to a DCF valuation*"[27].

¿Y qué es la tasa de descuento? Es el rendimiento mínimo que los inversores esperarían por invertir en un activo. Un potencial inversor exigirá un rendimiento mayor mientras mayor sea el riesgo del activo. Es por eso que decimos que los inversores tienen aversión al riesgo. La aversión al riesgo explica que activos más riesgosos tengan una tasa de descuento más alta que activos más seguros.

Una vez que hemos determinado la tasa de descuento sabremos, por ejemplo, cuánto valen el día de hoy USD 100 que deben ser pagados en un año. Basta con que *descontemos* ese flujo utilizando la tasa de descuento para encontrar su *valor presente.*

La tasa de descuento puede tener una importancia sumamente grande en la valuación. Kantor lo explica con el siguiente ejemplo. Supongamos que

será menor. Por lo tanto, al calcular el valor terminal de una empresa, seguramente será necesario hacer una proyección más conservadora de dicha tasa de crecimiento.

27. M. Kantor, *Valuation for Arbitration,* Kluwer Law International, 2008, p. 139.

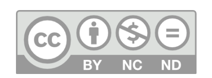
un proyecto generará USD 10 millones al año durante 10 años. Si aplicamos una tasa de descuento del 33.7%, el valor presente neto de ese proyecto será de USD 28.05 millones. En cambio, si aplicamos una tasa de descuento del 8.5%, el valor presente neto será USD 65.61 millones[28].

En *Occidental,* por ejemplo, el tribunal concluyó que el valor presente neto de los flujos generados por la demandante hasta la fecha de valoración fue de aproximadamente USD 2,360 millones[29]. Para obtener ese resultado aplicó una tasa de descuento del 12%[30]. Si el tribunal hubiera aplicado una tasa de descuento del 15%, que es la tasa que el experto de Ecuador consideró aplicable en un principio[31], el valor de los daños habría sido menor en al menos 60 millones de dólares[32].

En nuestro ejemplo, si la tasa del descuento fuera del 15%, los resultados serían como sigue:

	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5	Año 6
Entradas de efectivo (EE)	USD 100	USD 110	USD 121	USD 133.1	USD 146.41	USD 161.05
Salidas de efectivo (SE)	USD 75	USD 82.5	USD 90.75	USD 99.82	USD 109.80	USD 120.78
Flujos libres (FL= EE-SE)	USD 25	USD 27.5	USD 30.25	USD 33.28	USD 36.60	USD 40.26
Tasa de descuento (TD)	15%	15%	15%	15%	15%	15%
Factor de descuento[33] (FD= (1+TD)n)	1.15	1.32	1.52	1.75	2.01	2.31
Valor presente de los flujos libres (FL/FD)	USD 21.74	USD 20.79	USD 19.89	USD 19.03	USD 18.20	USD 17.41

28. Ibídem, p. 140.
29. Sin tomar en consideración la reducción en la condena por la culpa compartida de las demandantes, que fue del 25%. *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company* vs. Ecuador, Caso CIADI No. ARB/06/11, laudo de 5 de octubre de 2012, p 687.
30. Ibídem, p 764.
31. Ibídem, p. 760.
32. El valor presente neto de esos flujos no habría superado los USD 2.298 millones de dólares.
33. El factor de descuento es el valor por el que hay que dividir los flujos libres para obtener su valor presente. Depende de la tasa de descuento y del número de períodos. Mientras más lejano en el futuro esté un pago, mayor será el factor de descuento.



Nótese que, conforme va pasando el tiempo, el valor presente de los flujos va disminuyendo. Mientras más lejano en el futuro esté un flujo, menor será su valor el día de hoy.

3.1.3.1. ¿Cómo calcular la tasa de descuento?

Los ejemplos anteriores dejan entrever cuánta importancia tiene calcular adecuadamente la tasa de descuento. Es por eso que escoger la metodología correcta resulta fundamental para realizar una valoración precisa.

Existen varios métodos para calcular la tasa de descuento. El más popular quizás sea el modelo de valoración de activos de financieros (*capital asset pricing model o CAPM* por sus siglas en inglés).

La idea que subyace al *CAPM* es muy sencilla: mientras mayor sea el riesgo de un activo que no pueda eliminarse a través de la diversificación, mayor será el rendimiento que los inversores esperarán para invertir en él. Es decir que el *CAPM* se basa en el riesgo no diversificable de un activo[34]. Como explica KANTOR, "[*t*]*he idea underlying that approach is to isolate the risks attributable to the particular business activity in which the company is engaged*"[35].

Para calcular la tasa de descuento aplicando el *CAPM* se necesita determinar lo siguiente:

- La tasa libre de riesgo;
- La prima de riesgo por invertir en el mercado; y,
- El coeficiente beta (β), que representa la relación entre el riesgo de un activo y el riesgo del mercado[36].

34. El riesgo no diversificable, como su nombre lo indica, es el que no puede eliminarse a través de la diversificación. Un ejemplo de un riesgo no diversificable es un terremoto o una devaluación de la moneda. Si ocurre un terremoto, todas las firmas se verán afectadas por igual. En cambio, el riesgo diversificable puede reducirse si se adiciona activos adicionales al portafolio.
35. M. KANTOR, *Valuation for Arbitration,* Kluwer Law International, 2008, p. 162. El mismo autor explica que este método "attempts to measure the difference between the equity risk of the particular assets held by the company in question (say, power plants) and the equity risk of investing in a hypothetical portfolio of diversified assets". M. KANTOR, *Valuation for Arbitration*, Kluwer Law International, 2008, p. 162.
36. El coeficiente beta se obtiene al dividir la covarianza entre los rendimientos del activo valuado y los rendimientos del mercado por la varianza del rendimiento del mercado. S. MYERS y R. BREALEY, P*rinciples of Corporate Finance*, 6ta edición. Mc. Graw Hill, 2000, p. 176.

El CAPM no está exento de críticas, principalmente porque parte de supuestos que no son verosímiles[37], pero su principal ventaja es que resulta relativamente simple de entender y de aplicar.

3.1.3.2. ¿Cuál es la tasa de descuento que se debe usar?

La tasa de descuento que resulte aplicable variará dependiendo de qué es lo que se esté valuando. Cuando se esté valorando una firma en su totalidad, incluyendo su patrimonio y su deuda, será necesario aplicar una tasa de descuento que refleje el peso ponderado de cada fuente de financiamiento, lo que se conoce como el Coste Promedio Ponderado de Capital (*Weighted Average Cost of Capital o WACC*).

En cambio, si se está valuando únicamente el capital de una firma, será necesario aplicar una tasa de descuento que refleje el riesgo del capital únicamente[38].

3.1.4. Sumatoria de los flujos libres de efectivo

El último paso para determinar el valor de un activo consiste en sumar todos los flujos descontados. Como explicamos más arriba, para poder comparar dos flujos necesitamos que estén en un mismo momento y la herramienta que utilizamos para hacerlo es la tasa de descuento.

Una vez que hemos traído todos los flujos de efectivo a valor presente, nos es posible sumarlos. Esa suma nos dará el valor presente neto de ese proyecto.

Así, en nuestro ejemplo, el valor presente neto del proyecto sería de USD 117.05. Para obtener ese resultado simplemente sumamos el valor presente de los flujos de cada año:

	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5	Año 6	Total
Valor presente de los flujos libres (FL/FD)	USD 21.74	USD 20.79	USD 19.89	USD 19.03	USD 18.20	USD 17.41	USD 117.05

37. El CAPM asume que no hay costos de transacción, que todos los activos pueden ser comerciados, que todos los inversores tienen acceso a la misma información y que todos los activos son infinitamente divisibles, lo que quiere decir que para los inversores no es costoso diversificar tanto como sea posible. Como consecuencia de esos supuestos, el CAPM asume que cada inversor tiene al menos una pequeña parte de cada activo de la economía. A. Damodaran, *Investment Valuation. Tools and Techniques for Determining the Value of Any Asset,* Wiley Finance. 3ra. ed. Nueva Jersey, 2012, p. 68.
38. Ibídem, p. 266.

3.1.5. Limitaciones al método DCF

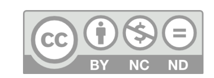
El método DCF no ha estado exento de críticas. Ciertos tribunales han considerado que no resulta aplicable cuando la firma analizada no ha operado el tiempo suficiente como para poder realizar un pronóstico de sus ganancias futuras[39]. Se ha considerado que el método analiza una amplia gama de elementos "inherentemente especulativos" que tienen un impacto significativo en el resultado, por lo que puede ser preferible usar metodologías alternativas[40]. Según KANTOR, "*If the enterprise being valued is not a 'going concern,' investment tribunals are unwilling to project forward for estimated revenues and expenses of operation*"[41].

Como explicó el tribunal en METALCLAD,

> Normalmente, el valor justo de mercado de una empresa en actividad que ha tenido una trayectoria de rentabilidad puede basarse en la estimación de las ganancias futuras, sujetas a un análisis de la actualización de los flujos de fondos. […] Sin embargo, cuando una empresa no ha estado en actividad el tiempo suficiente para establecer su desempeño o no ha producido beneficios, las ganancias futuras no pueden utilizarse para determinar el valor corriente ni el valor justo de mercado[42].

En algunos de los casos en los que el método DCF se ha considerado inaplicable, los tribunales han resuelto otorgar al reclamante un resarcimiento equivalente a los gastos que realizó con motivo de su inversión, más una tasa de interés que represente un retorno "razonable". En ese caso, como explica KANTOR, *"many tribunals will either award the Adjusted Book Value (ABV) of the enterprise or order recovery of the 'sunk costs' (i.e., the invested capital) together with a reasonable rate of return"*[43].

39. *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited vs. Egipto*, Caso CIADI No. ARB/84/3, p. 188.
40. Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries,* aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Quincuagésimo sexto periodo de sesiones, p. 103.
41. M. KANTOR, *Valuation for Arbitration,* Kluwer Law International, 2008, p. 90.
42. *Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicano*s, Caso CIADI No. ARB (FA)/97/1, pp. 119, 120.
43. M. KANTOR, *Valuation for Arbitration, Kluwer Law International*, 2008, p. 90.



Consideramos que las críticas al método DCF son infundadas. En nuestra opinión, no hay limitación metodológica alguna que impida aplicar el método DCF a firmas jóvenes o a proyectos nuevos. Sin embargo, la explicación del porqué deberá ser tratada en otra oportunidad[44].

3.2. Métodos relativos

Mientras que los métodos intrínsecos encuentran el valor de un activo según sus flujos de efectivo, su tasa de crecimiento y su riesgo, los métodos relativos se basan en el valor de otros activos comparables. En la valoración relativa, el objetivo es valuar activos basándonos en cómo esos activos son valorados en el mercado[45].

Los métodos relativos son utilizados con mayor frecuencia en la práctica. Cuando uno busca adquirir un vehículo o un departamento, por ejemplo, determina el precio de esos bienes tomando como referencia el precio que tienen bienes similares.

Los tres pasos esenciales en la valoración relativa son: i) encontrar activos comparables, ii) encontrar un estándar común (es decir, un múltiplo) entre esos activos para poder compararlos y iii) realizar los ajustes por las diferencias que existan entre dichos activos al comparar esos valores estandarizados[46].

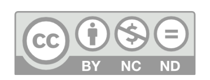
3.2.1. Cómo encontrar las comparables

El aspecto más contencioso de este método de valoración quizás sea determinar qué activos son comparables. ¿Puede compararse una concesión petrolera a una concesión minera? ¿Puede compararse un departamento en Quito a uno en Rumiñahui? ¿Son similares el Nuevo Aeropuerto Internacional de Quito y el aeropuerto de Heathrow, en Londres?

El problema central que se enfrenta al encontrar comparables es que no hay dos activos que sean exactamente iguales: *"in the real world of arbitration,*

---

44. Ver, por ejemplo, M. Kantor, *Valuation for Arbitration,* Kluwer Law International, 2008, pp. 94 y ss.
45. A. Damodaran, *Investment Valuation. Tools and Techniques for Determining the Value of Any Asset*, Wiley Finance, 3ra. ed. Nueva Jersey, 2012, p. 453.
46. A. Damodaran, *The Little Book of Valuation: How to Value a Company, Pick a Stock and Profit, Wiley:* Nueva Jersey, posiciones 733-743, versión Kindle.



no other enterprise likely will be precisely comparable with the company at the heart of the dispute" [47]. Además, al escoger qué activos comparar, se está partiendo de ciertos supuestos que no se hacen explícitos, lo que representa una de las mayores desventajas de los métodos relativos.

Al determinar qué firmas son comparables, Kantor[48] sugiere tomar en cuenta una lista de factores, entre los que están: su tamaño, su ubicación geográfica, su estructura de capital, su naturaleza pública o privada[49], etc. También debe prestarse atención a que las firmas en cuestión operen en mercados sujetos, en lo posible, al mismo riesgo.

3.2.2. Qué (y cómo) comparar

Una vez que se ha encontrado las comparables, es necesario determinar qué es lo que se va a comparar. Como explicamos, es necesario convertir los precios a valores estandarizados —llamados múltiplos—. Damodaran categoriza a los múltiplos dependiendo de si se refieren a las utilidades (*earnings multiples*), al valor en libros (*book value multiples*) o a los ingresos (*revenue multiples*). Un ejemplo de los múltiplos que se refieren a las utilidades es el conocido como *PE* (*price-earnings*) ratio, que se obtiene al dividir el precio de la acción por sobre las utilidades por acción.

Por ejemplo, supongamos que queremos valuar una compañía, X, que obtuvo USD 2 de utilidades por acción. Asumamos que las acciones de una compañía comparable, Y, valen USD 6 en el mercado y que obtuvieron USD 1,5 de utilidades por acción. El *PE ratio* de Y sería de 4 (USD 6/ USD 1,5). Así, el precio de cada acción de X sería de USD 8 (que se obtendría al multiplicar el PE ratio de Y por las utilidades por acción de X).

La principal advertencia al escoger los múltiplos es que hay que asegurarse de estar comparando lo mismo. Por ejemplo, no es lo mismo comprar los ingresos antes de depreciación, impuestos e intereses de una firma conocido como *EBITDA*, (por sus siglas en inglés) con las utilidades de otra. Tampoco es lo mismo usar el *PE ratio* pronosticado de una firma con el *PE* histórico de otra.

47. M. Kantor, *Valuation for Arbitration,* Kluwer Law International, 2008, p. 122.
48. Ibídem, p. 124.
49. Entendiéndose por compañía pública a aquella que cotiza en bolsa.

3.2.3. Ajustes

Ya explicamos que es imposible encontrar dos activos idénticos. Es por eso que, una vez que se encontró las comparables y se estableció qué es lo que se debe comparar, es necesario realizar ajustes que reflejen las diferencias que existen entre los activos materia de la comparación.

Por ejemplo, si estuviéramos comparando dos compañías, una pública y una privada, habría que tomar en consideración que vender acciones de la primera sería mucho más sencillo que vender acciones de la segunda. La liquidez de las acciones de la primera, dejando todo lo demás igual, debe traducirse en un valor mayor, por lo que sería necesario hacer un ajuste en ese sentido.

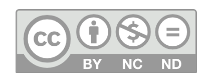
3.3. Métodos basados en el valor de los activos

Esta categoría de métodos de valoración adopta un enfoque diferente al de los métodos que expusimos antes. Como explica Marboe, de acuerdo con este enfoque, el valor de los diferentes componentes de un activo determina su valor total[50].

La primera variante de este método se enfoca en el *valor de liquidación,* es decir el precio al que los activos de la firma podrían ser vendidos en el mercado. La segunda se basa en el *valor de reposición*, en el que se determina cuánto costaría reemplazar todos los activos que tiene la firma a la fecha de valoración. La tercera se enfoca en el *valor en libros*: se utiliza la información contable de la propia firma para estimar cuánto valen sus activos[51].

Las ventajas de este enfoque es que parece ser mucho más sencillo de aplicar y menos especulativo, ya que mira hacia el pasado y no hacia el futuro. Además, la evidencia para emplearlo suele estar disponible y no requiere de pronóstico alguno[52].

50. I. Marboe, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, Oxford University Press, 2009, p. 127.
51. A. Damodaran, *Investment Valuation. Tools and Techniques for Determining the Value of Any Asset,* Wiley Finance, 3ra. ed. Nueva Jersey, 2012, p. 22.
52. I. Marboe, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law,* Oxford University Press, 2009, p. 127.



Las desventajas son que muchos activos y pasivos pueden no estar adecuadamente reflejados en la contabilidad de una empresa. Además, este enfoque no considera el valor adicional que puede surgir de combinar varios activos, es decir sus sinergias, y por tanto el valor que tendría la firma en su conjunto[53].

3.4. Otros aspectos relevantes en la valoración

Conviene revisar dos temas adicionales que se debe tener presente durante el proceso de valoración. El primero es el escenario contrafáctico (*el "but-for scenario"*) y el segundo, la fecha de valoración.

3.4.1. El escenario contrafáctico

Al determinar el monto de los daños debe compararse la situación existente con el escenario que se habría presentado en ausencia del ilícito. El perjudicado por un ilícito no puede ser resarcido por daños que habría sufrido de todas maneras.

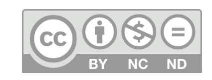
Es por eso que decimos que resulta necesario determinar el escenario contrafáctico. Al reclamante no se le puede otorgar una compensación sino por las desmejoras que hubiera sufrido comparándolas con la situación que habría tenido de no haber sufrido un ilícito.

Si se trata de los actos ilícitos de los Estados, como explica Marboe,

> If the unlawful act of a State destroys or impairs long-term investments, it appears appropriate to measure the damage incurred by a projection of the future income after the breach and compare it with the hypothetical future income without the breach. The difference between those two scenarios is equal to the damage caused by the unlawful act[54].

Ése fue uno de los temas más cuestionables en la valuación de daños del caso Merck, al que nos referimos líneas atrás. El juez otorgó al reclamante

53. Ibídem, p. 268.
54. Ibídem, p. 238.



USD 200 millones sin hacer análisis alguno de cuál fue la situación del actor en el escenario contrafáctico, es decir cuánto fue lo que efectivamente ganó incluso después del ilícito. Otorgarle todo lo que habría recibido en el escenario contrafáctico habría significado enriquecerlo de manera injusta, ya que así el reclamante habría terminado en una situación mejor que la que hubiera tenido en ausencia del ilícito.

3.4.2. La fecha de valoración

También es necesario determinar cuál es la fecha de valoración. Como explica Marboe, la fecha de valoración desempeña un rol muy importante en la cuantificación de la compensación y los daños en el Derecho Internacional de las Inversiones[55], lo que, en nuestra opinión, puede hacerse extensivo a nuestro ordenamiento.

Son dos las razones por las que es importante determinar la fecha de valoración. La primera es que el efecto de los daños acaecidos después de la fecha de valoración en el valor justo de mercado del activo, para efectos de la compensación, es distinto al que tiene antes de ese momento.

Supongamos que un activo es expropiado en 2012 y que, al tener lugar la expropiación, su valor era de USD 10 millones. Supongamos también que, inmediatamente después de la expropiación, el valor del activo aumenta en un 30% por factores exógenos. ¿Cuál debería ser el resarcimiento otorgado al inversor? Como explica Kantor, el enfoque usual al calcular el monto del resarcimiento consiste en analizar los efectos del acto ilícito al momento de cometerse el daño (es decir, en la fecha de valoración) y obviar los daños que ocurran después[56]. Por tanto, la fecha de valoración es importante porque, por lo general, lo que suceda con el valor del activo después de la fecha de valoración no incidirá en el cálculo del resarcimiento debido al reclamante[57].

55. Ibídem, p. 126.

56. M. Kantor, *Valuation for Arbitration*, Kluwer Law International, 2008, p. 64.

57. Una excepción a esa regla fue la decisión dictada entro del caso *ADC vs. Hungría*. En ese caso, el tribunal decidió fijar como fecha de valoración la fecha del laudo y no la de la expropiación, para así otorgar a los inversores una compensación que tomó en consideración el aumento de valor de la inversión después de la fecha de la expropiación. Eso se debió, entre otras razones, a que el tribunal consideró que la expropiación que sufrieron los inversores fue ilegal al no cumplir los requisitos del tratado aplicable. El tribunal consideró que otorgar a los inversores el mayor valor posterior a la inversión era la manera de cumplir con el principio establecido en el caso *Chorzów*, al que nos referimos más arriba. *ADC Affiliate Limited y ADC & ADMC Management Limited vs. Hungría*, Caso CIADI No. ARB/03/16, laudo de 2 de Octubre de 2005, pp. 496-499. Citado por M. Kantor, *Valuation for Arbitration,* Kluwer Law International, 2008, p. 64.

La segunda razón por la que es importante determinar la fecha de valoración es que el cálculo de los perjuicios después de la fecha de valoración es distinto al que aplica antes de ese momento.

Vimos que para determinar el valor presente de un proyecto usamos la tasa de descuento. En cambio, para calcular cuánto varía el monto de los perjuicios desde la fecha de valoración y el momento de dictarse el laudo hay que aplicar la tasa libre de riesgo, y no el costo de capital. Como explica Kantor, "*The interest rate used for bringing historical amounts forward will clearly not contain the same risk factors as the discount rate used to present value future amounts*" [58].

Por ejemplo, asumamos que un activo iba a producir flujos positivos desde 2010 hasta 2020 y que fue expropiado en 2012. Supongamos también que la parte que vio su activo expropiado reclama su justo valor de mercado en un arbitraje y que el laudo es dictado en 2015.

La fecha de valoración de esa inversión sería el momento en que el activo fue expropiado, en 2012[59]. Los flujos futuros, desde 2012 hasta 2020, tendrían que traerse a valor presente usando la tasa de descuento que resulte aplicable.

Al dictar su laudo en 2015, el tribunal tendría que decidir cómo resarcir al perjudicado por los perjuicios sufridos entre 2012 (cuando tuvo lugar la expropiación) y el momento de dictarse el laudo. Para hacerlo, es tan simple como que tiene que otorgar al reclamante la tasa de interés libre de riesgo sobre el monto del resarcimiento desde la fecha de valoración hasta el momento de dictarse el laudo. El tribunal cometería un grave error si utilizara el *WACC*, por ejemplo, para "transportar" esos perjuicios desde la fecha de valoración hasta el momento de dictarse el laudo.

58. Kantor, Ibídem, p. 47.
59. Debe tomarse en cuenta que ciertos tratados bilaterales de protección de inversiones disponen que la fecha de valuación en el caso de expropiaciones debe ser el momento inmediatamente anterior al momento en el que se anunció la expropiación, para que así el efecto del anuncio de la expropiación no se vea reflejado en el monto de compensación que debe ser otorgado.

4. Consideraciones jurídicas

Nuestro ordenamiento jurídico contiene una serie de reglas que inciden al determinar el resarcimiento que debe otorgarse a quien ha sufrido un daño. Eso quiere decir que la utilización de los métodos de valoración muchas veces no basta por sí misma y debe ser complementada con la aplicación de ciertas normas. Es más, hay casos en los que las normas jurídicas suplen por completo a toda metodología de valoración.

Por cuestiones de espacio nos limitaremos a enlistar únicamente algunas de esas cuestiones jurídicas, entre las que están: la causa del daño, la mora, las cláusulas penales, el deber de mitigar los daños y la culpa de la víctima.

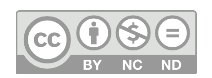
4.1. Causa del daño

Atendiendo a su fuente, el daño puede ser contractual o extracontractual. El daño contractual es el que deriva del quebrantamiento de una obligación preexistente[60]. Ocurre, por ejemplo, cuando el comprador incumple con su obligación de pagar el precio en el tiempo y en la forma debida.

El daño extracontractual, por exclusión, es todo daño que no es contractual. Estamos en presencia de responsabilidad extracontractual cuando se ocasiona un daño que el perjudicado no está jurídicamente obligado a soportar y que no deriva del incumplimiento de una obligación preexistente. El daño extracontractual nace con ocasión de la comisión de delitos o cuasidelitos civiles.

Se ha cuestionado mucho la utilidad de someter cada tipo de responsabilidad a un régimen separado —y no siempre es sencillo distinguirlas en un caso concreto—. Sin embargo, la clasificación tiene una trascendencia jurídica muy grande ya que ambos tipos de responsabilidad i) están sujetos

60. A pesar de lo confuso de la terminología, la responsabilidad contractual incluye también al incumplimiento de obligaciones nacidas de fuentes distintas a los delitos y a los cuasidelitos, además de los contratos. Tal sería el caso del incumplimiento de una obligación nacida de un cuasicontrato, por ejemplo.



a plazos de prescripción distintos[61]; ii) tratan de manera distinta a los daños imprevisibles[62]; iii) dan una distinta importancia a la culpa del actor[63] ; iv) tratan de manera distinta al daño moral[64]; y, v) deben verificar distintos requisitos para poder someterse a arbitraje; entre otros aspectos.

La causa eficiente del daño tiene mucha relevancia al determinar el quantum del resarcimiento debido por el deudor. En consecuencia, al cuantificar los daños debidos al acreedor habrá que prestar atención a si la fuente del daño es la responsabilidad contractual o la extracontractual.

4.2. Tipo de daño

El daño también puede clasificarse dependiendo de *qué* se haya dañado. Así se distingue entre el daño patrimonial y el daño extrapatrimonial. Se ha dicho que el daño patrimonial es el que se sufre en lo que se *tiene,* mientras que el daño extrapatrimonial afecta a lo que el sujeto *es*.

La relevancia de realizar esa distinción es que la cuantificación del daño moral, una categoría de daño extrapatrimonial[65], está sujeta a reglas muy particulares. Por ejemplo, según ha dicho la jurisprudencia, no se requiere prueba del daño moral una vez que se ha demostrado el hecho dañoso, ya que en tal caso se presume que éste existe y que es una causa de la omisión o de la actuación antijurídica[66].

61. El daño extracontractual está sujeto a un plazo de prescripción de cuatro años (artículo 2235 del Código Civil), mientras que el plazo de prescripción al tratarse de obligaciones contractuales puede variar, y es generalmente de diez años para las acciones ordinarias y de cinco para las ejecutivas (artículo 2415 del Código Civil).
62. Al tratarse de la responsabilidad contractual, el deudor responde únicamente por los daños previsibles, salvo que haya actuado con dolo (artículo 1574 del Código Civil). *Véase*, por ejemplo, la sentencia de 18 de diciembre de 2000 de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia dictada dentro del expediente 501, en el recurso No. 239-2000, publicada en el Registro Oficial 284 de 14 de marzo de 2001.
63. La responsabilidad extracontractual requiere de culpa levísima o, cuando se trata de responsabilidad objetiva, únicamente de la existencia de una relación de causalidad entre hecho ilícito y daño, sin que deba mediar dolo o culpa. La responsabilidad contractual, en cambio, requiere de culpa grave, leve o levísima dependiendo de si el contrato interesa únicamente al acreedor, a ambas partes o únicamente al deudor, respectivamente (artículo 1563 del Código Civil).
64. Nuestro Código Civil no permite el resarcimiento de los daños morales derivados de un incumplimiento contractual.
65. Según Alessandri, el daño extrapatrimonial puede ser moral o biológico. A. Alessandri, M. Somarriva y A. Vodanovic, *Tratado de las obligaciones,* 2da. ed. ampliada y actualizada, Editorial Jurídica de Chile: Santiago, 2001, p. 36.
66. Véase, por ejemplo, las siguientes resoluciones de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia: resolución No. 75-2002, publicada en el Registro Oficial No. 626, de 25 de julio de 2002 y Resolución

Además, la forma de cuantificar el daño moral es muy particular. El artículo 2232 del Código Civil reza que la determinación del daño moral queda a la prudencia del juez.

Las técnicas de valoración tradicionales no son aplicables para la cuantificación del daño moral. Como explica Zaval de Gonzáles, "[n]unca hay un nexo directo entre la entidad de un perjuicio existencial y la importancia de la condena, porque no puede haberlo entre un mal espiritual y un bien dinerario: *los daños morales no son valuables económicamente*"[67]. De eso sigue "la radical imposibilidad de aplicar técnicas matemáticas a la hora de decidir la cuantificación indemnizatoria […]"[68].

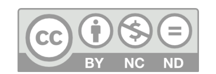
4.3. Cláusula penal

La cláusula penal es una valoración anticipada de los perjuicios sufridos por el acreedor. Como ha dicho la jurisprudencia, "es la avaluación anticipada que las partes hacen en el contrato de los perjuicios que una de ellas pudiere experimentar por el incumplimiento por la otra parte de la obligación convenida, y que deben ser indemnizados por el contratante incumplido"[69].

Los métodos de valoración resultan inaplicables cuando el contrato incumplido contempla una cláusula penal, ya que bastará con que el deudor satisfaga el monto allí establecido, independientemente de a cuánto asciendan los daños efectivamente sufridos por el acreedor.

No. 263-2004, publicada en el Registro Oficial No. 43 de 21 de junio de 2005. También véase las siguientes resoluciones de la Segunda Sala: Resolución No. 267-2007, publicada en el Registro Oficial No. 589 de 13 de mayo de 2009 y Resolución No. 357-2007, publicada en el Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 2009. En este último fallo, la Sala aseveró que "Por lo mismo, en la doctrina y en la jurisprudencia se ha concluido en que el daño moral nono requiere una prueba directa de su existencia".

67. M. Zavala de González, *Tratado de daños a las personas*. Resarcimiento del daño moral, Buenos Aires: Astrea, 2009, p. 64.
68. Ibídem, p. 65.
69. Fallo de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de 24 de mayo de 2001 dictado dentro del expediente de casación 203, dentro del juicio verbal sumario 288-2000, publicado en el Registro Oficial 363 de 6 de julio de 2001.



4.4. Congruencia

Otro aspecto de relevancia es el principio de congruencia de las resoluciones judiciales, recogido en el artículo 273 del Código de Procedimiento Civil. Según esa norma, "[la] sentencia deberá decidir únicamente los puntos sobre que se trabó la litis y los incidentes que, originados durante el juicio, hubieren podido reservarse, sin causar gravamen a las partes, para resolverlos en ella". El principio de congruencia postula que las sentencias no pueden conceder más, menos o algo distinto a lo que el actor ha solicitado, so pena de que la resolución sea incongruente por *ultra, infra o extra petita,* respectivamente. La incongruencia de los laudos puede ser una causal de nulidad[70].

El principio de congruencia es importante al cuantificar los daños porque puede ser que el actor pida un resarcimiento menor al que tendría derecho o que pida algo diferente a lo que le correspondería. En cualquiera de esas dos hipótesis, el tribunal no podría otorgar al actor un resarcimiento por todos los daños sufridos, aun si se los hubiera demostrado dentro del proceso.

El actor pediría algo diferente a lo que le correspondería, por ejemplo, si fuera un promitente comprador que reclamara la dación de la cosa prometida en venta. En cambio, un actor pediría menos de lo que tendría derecho a recibir, por ejemplo, si limitara su pretensión a los perjuicios sufridos durante un determinado período, a pesar de haber probado que los daños se prolongaron durante un tiempo mayor.

4.5. Mora

El deudor está en mora cuando no ha cumplido con la obligación dentro del plazo convenido expresa o tácitamente [71], o cuando ha sido judicialmente requerido para el efecto. Una de las consecuencias jurídicas que tiene la mora es que el deudor debe perjuicios desde ese momento.

70. No toda incongruencia permite anular un laudo. Así, la incongruencia por *infra petita* no está contemplada como una causal de nulidad.
71. Como explica Alessandri, "El plazo tácito se da en aquellas obligaciones que por su naturaleza o por las circunstancias que las rodean necesitan imperiosamente un espacio de tiempo más o menos largo para poder

En vista de que la mora marca el momento a partir del cual el deudor debe perjuicios, tiene una incidencia importante en la fecha de valoración. Por ejemplo, si una persona accidentalmente destruye un tractor de otra, y ese bien generaba ingresos para su propietario, el cálculo de los perjuicios debe realizarse desde el momento en que el deudor es citado con la demanda y no antes. Sin embargo, el valor del bien (es decir, el daño emergente) debe ser calculado al momento en que se perpetró el ilícito.

4.6. Exposición al daño

La apreciación del daño está sujeta a reducción si la víctima se expuso a él imprudentemente[72]. Esta institución, reconocida también en Derecho comparado y aplicada en el arbitraje de inversiones (donde se la conoce como *"contributory fault"*), tiene por objeto sancionar al acreedor que es parcialmente responsable del daño que ha sufrido. Como explica Ripinsky, "[*w*]*here the claimant's fault has materially added (ie, contributed) to the loss or damage sustained by the claimant due to the conduct of the respondent, the amount of compensation must be reduced accordingly*" [73].

Esta institución ha sido aplicada en varias ocasiones en el arbitraje de inversiones[74]. Como ha dicho nuestra jurisprudencia, si la imprudencia de la víctima no es la causa exclusiva del daño, ésta "no exonera de responsabilidad al demandado, pero la indemnización deberá ser reducida"[75].

4.7. Mitigación del daño

El acreedor también está obligado a mitigar los daños que ha sufrido. Esa disposición está consagrada, por ejemplo, en la Convención de las Na-

---

ser cumplidas". Según el mismo autor, la importancia de este plazo reside en que antes de que transcurra no puede constituirse en mora al deudor. A. Alessandri, M. Somarriva y A. Vodanovic, *Tratado de las obligaciones,* 2da. ed. ampliada y actualizada, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 322.

72. Artículo 2230 del Código Civil.
73. S. Ripinsky, "Assessing Damages in Investment Dispuntes: Practice in search of perfect", *Journal of World Investment and Trade,* Vol. 10, No. 1, 2009, p. 15.
74. *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. Federación Rusa*, Caso CPA No. AA 227, p 1637; *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company* vs. Ecuador, Caso CIADI No. ARB/06/11, laudo de 5 de octubre de 2012, p. 687.
75. Resolución 246-2012 dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia el 24 de agosto de 2012 dentro del recurso de casación No. 139-2010, publicada en la Gaceta Judicial. Año CXIII. Serie XVIII, No. 12. Página 4952.

ciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías[76].

Los tribunales CIADI también han aplicado este principio[77]. El tribunal de *Middle East Cement Shipping and Handling,* por ejemplo, consideró al deber de mitigar los daños uno de los principios generales del Derecho[78]. Algunos consideran al deber de mitigación de los daños un principio general del comercio internacional[79].

En el orden local, estimamos que el deber de mitigar los daños es una de las derivaciones del principio de buena fe consagrado en el artículo 1562 del Código Civil.

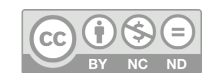
En consecuencia, el deber de mitigar los daños también tiene una influencia importante en la valoración de los daños, dado que si el perjudicado no tomó las medidas necesarias para mitigar el daño sufrido, la compensación debe ser reducida en esa misma medida.

5. Resumen y conclusiones

Como explicamos, son tres los principales métodos de valoración: los intrínsecos, los relativos y los que se basan en el valor de los activos. Cada uno presenta ventajas y desventajas que traen como consecuencia que resulte conveniente aplicarlos en ciertos casos y no en otros.

También vimos que el proceso de valoración tiene varios elementos jurídicos: nuestro ordenamiento contempla una serie de reglas que los jueces y los árbitros deben aplicar al determinar el monto del resarcimiento que el deudor debe ser condenado a pagar.

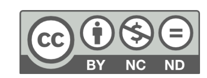
76. Según el artículo 77 de la Convención, "[l]a parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida".
77. *EDF International S.A. y Ors vs. Argentina,* Caso CIADI ARB/03/23, laudo de 11 de junio de 2012, p. 1301.
78. *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. vs. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/99/6, laudo de 12 de abril 2002, p. 167.
79. B. Zeller, *Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 2da. Ed., Oxford University Press, pp. 103-104



A pesar de la importancia que reviste, la valoración de daños dentro del arbitraje quizás no ha recibido la atención que amerita. Si el arbitraje es por antonomasia un método para hacer efectivos derechos de crédito, saber cómo cuantificar esos derechos resulta esencial para que el arbitraje cumpla un fin útil.

Si bien es una labor técnica que debe ser encomendada a expertos en la materia, conviene que los árbitros y los abogados se familiaricen con los conceptos básicos relacionados con la valoración de daños. Los primeros, para fundamentar en mayor medida la decisión que adopten; los segundos, para poder prever con mayor exactitud el resultado de la controversia, y así analizar mejor las conveniencias de dar inicio a un arbitraje.

En suma, el objetivo de este artículo fue hacer un resumen de los aspectos más importantes del proceso de valoración de daños, con aplicación al arbitraje. Si permite despertar el debate en torno a esta cuestión, de modo que la práctica arbitral local dé mayor énfasis a fundamentar técnicamente las decisiones sobre el *quantum*, entonces nuestro trabajo habrá cumplido su cometido.



Necesidad de la implementación de la segunda instancia o apelación en arbitraje

*Leonardo Sempértegui Vallejo**

SUMARIO: 1. Origen y validez de la potestad arbitral según la legislación vigente en Ecuador. **2.** ¿La naturaleza jurídica del arbitraje obliga a tener una sola instancia? **2.1.** Razones que fundamentan la necesidad de segunda instancia o apelación en arbitraje. **2.2.** ¿La ley ecuatoriana permite la realización de segunda instancia o apelación en arbitraje? **2.3.** Aplicación de cláusulas de segunda instancia en arbitraje. **3.** ¿Cómo debe incorporarse tal disposición en la cláusula estándar ecuatoriana? **4.** Conclusión.

1. Origen y validez de la potestad arbitral según la legislación vigente en Ecuador

La potestad de administrar justicia es una de las esenciales del ejercicio del poder público[1], desde el inicio del Estado Liberal. La Constitución del año 2008 del Ecuador, a pesar de que recoge de manera limitada los principios del Estado moderno, ya que su influencia es de otra naturaleza que no es materia de este artículo, considera a la administración de justicia como elemento esencial del Estado. El artículo 167 de la Constitución del Ecuador, señala:

> La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución[2].

* Abogado por la Universidad Católica del Ecuador, Master en Derecho por la Universidad de Texas en Austin, USA. Socio del Estudio Jurídico Sempértegui Ontaneda Abogados (Quito, Ecuador), en el que dirige la práctica de derecho administrativo y derecho energético. Consultor en materia de acceso a la justicia y elaboración normativa a nivel nacional e internacional. Catedrático universitario en Ecuador y en el extranjero. Becario Fulbright, 2008.

1. J. Perez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, Octava Edición, Marcial Pons. Madrid, 2002, p. 745.
2. Constitución del Ecuador.

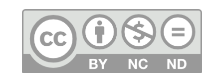
Precisamente por la apertura que se deriva del texto transcrito es que el arbitraje ha tenido cabida en el sistema jurídico ecuatoriano. Se ha reconocido a nivel constitucional al arbitraje, la mediación y otros sistemas alternativos de solución de controversias, a través de la disposición contenida en el artículo 190 de la Constitución, que es de carácter general y para cuya aplicación se requiere necesariamente de un mandato legal concordante[3].

De lo dicho se desprende entonces con claridad que el Estado delega parte de su capacidad de administración de justicia a terceras entidades privadas (o permite que estos terceros ejecuten administración de justicia), que ejecutan el ejercicio del arbitraje, entre otras formas de solución de controversias aceptadas constitucionalmente[4]. Así parece describirlo el artículo 7, inciso cuarto, del Código Orgánico de la Función Judicial cuando señala que "Los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley"[5].

Toda delegación, sin embargo, comprende no solamente la transferencia de atribuciones sino la obligación del cumplimiento de los deberes inherentes a la misma. Por ello es que consideramos que los árbitros están obligados a acatar en el ejercicio de sus funciones los principios, reglas y mandatos aplicables para los jueces, que se encuentran contenidos en la misma Constitución, pero igualmente en las normas legales tales como el Código Orgánico de la Función Judicial, así como en las normas procesales aplicables[6].

---

3. No se pueden desconocer en todo caso las teorías que, en un contexto globalizado y de pluralismo jurídico, buscan separar el arbitraje del cobijo de un Estado o legislación en particular, sometiéndolo principalmente al gobierno de la voluntad de las partes. Ver J. Paulson, *Arbitration in Three Dimensions*, London School of Economics and Political Science, Law, Society and Economy Working Papers 2/2010, Law Department, 2010. Disponible en: http://ssrn.com/abstract=1536093.
4. De hecho, otros autores opinan que lo que opera en realidad es un intento de sustitución por parte del arbitraje a la función judicial, por motivos de eficiencia. Ver F. de Trazegnies Granda, "Los Conceptos y las Cosas: Vicisitudes Peruanas de la Cláusula Compromisoria y del Compromiso Arbitral", en *El Arbitraje en el Derecho Latinoamericano y Español*, Cultural Cuzco, 1989, p. 546.
5. Código Orgánico de la Función Judicial, Registro Oficial suplemento No. 544 de 9 de marzo de 2009.
6. "… si la función estructural de la justicia estatal, en el derecho privado, es la de resolver conflictos entre particulares, al permitir el mismo estado mediante la ley, que los mismos particulares designen sus jueces y éstos, mediante un procedimiento decidan un conflicto, estaremos claramente en presencia de un equivalente funcional, al papel que cumple la justicia estatal. No se trata de otra justicia. Se trata de la misma con otros actores principales (árbitros), pero con las mismas partes y el mismo conflicto a resolver, todo lo cual nos libera de tener que tomar partido, en el caso del arbitraje, por una naturaleza jurídica contractualista, jurisdiccional, mixta o ecléctica". Á. Salcedo Flórez, En torno a la naturaleza jurídica del arbitraje, *Revista Análisis Internacional*, Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, No. 2, 2010, p. 154.



Solamente como ejemplo señalo que los árbitros están absolutamente obligados a observar adecuadamente los principios de aplicación de derechos incluidos en el artículo 11 de la Constitución de la República. Muchos de ellos son directamente aplicables a los jueces, y según la lectura que se expone en este ensayo, los árbitros deben verlos como propios en los casos en que se apliquen[7].

Esta última afirmación se explica por sí sola: Es indispensable para que la seguridad jurídica esté adecuadamente servida, que los árbitros ejerzan la potestad delegada constitucional de forma tal que se atienda plenamente el objetivo de la administración de justicia en sí mismo, haciendo abstracción del operador que la ejecuta. Caso contrario, esta (y cualquier otra atribución delegada) sería un ataque directo a la atención de la necesidad ciudadana de restauración del Estado de Derecho y del imperio de la ley, que es a lo que los juzgadores están llamados como tarea principal.

Más allá de la precisión y legalidad en la ejecución de la tarea arbitral para beneficio de la sociedad, existe un motivo egoísta para que los árbitros cumplan su función de manera impecable; y es que la supervivencia del arbitraje como tal se fundamente en su reputación. Como fue señalado en la introducción, la comunidad jurídica ha abrazado el arbitraje como una alternativa válida a la resolución judicial de conflictos, especialmente por su celeridad e independencia, esto a pesar de que las críticas al arbitraje no han escaseado[8]. Sin embargo, creo que es evidente que tales características o ventajas que ha ofrecido el arbitraje se verían oscurecidas en caso que se extienda en la misma comunidad jurídica la sensación de que se están dictando laudos errados en derecho, sea la razón que sea que motive los yerros arbitrales.

Por lo tanto, de esta sección concluimos que el arbitraje debe buscar cumplir rigurosamente su deber de administración de justicia y restablecimiento del imperio de la ley por dos motivos: uno teleológico, esto es en

7. Más adelante nos referiremos a la responsabilidad sobre error judicial que tiene el Estado, y cómo esta podría entenderse en materia arbitral.
8. Se señalan como críticas al arbitraje en general, además de la falta de apelación, la limitada actuación probatoria necesaria para ciertos casos complejos, falta de jurado, costos excesivamente altos, ventajas relativas de la parte que acude al arbitraje con frecuencia, entre otras. Ver C. Drahozal, "Unfair" Arbitration Clauses,

sí mismo garantizar a la sociedad que el estado de derecho existe; y otro pragmático, que es asegurar su propia supervivencia como medio alternativo de solución de conflictos.

2. ¿La naturaleza jurídica del arbitraje obliga a tener una sola instancia?

Para evaluar si la proposición que plantea este ensayo tiene posible aplicación, es indispensable repasar cuáles son los elementos que explican la naturaleza jurídica del arbitraje, es decir aquellos que en caso de ser modificados o eliminados transformarían el arbitraje en otro mecanismo de solución de conflictos. Una vez determinados estos, resulta sencillo saber si la apelación o segunda instancia que podría introducirse vuelve al arbitraje otra institución del derecho[9].

Múltiples autores han tratado sobre este particular, y hemos tomado algunas ideas para determinar cuál es la naturaleza jurídica de la institución analizada.

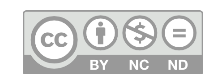
Margaret Moses señala que el arbitraje es un sistema privado de juzgamiento, el cual se activa porque las partes han decidido resolver sus disputas fuera del sistema judicial. Generalmente, el arbitraje implica una decisión final y vinculante. El o los árbitros son escogidos por las partes, y puede el proceso ser administrado por una entidad o independiente. Las partes determinan el lugar, legislación aplicable y reglas del procedimiento. En conclusión, el arbitraje es un mecanismo que brinda a las partes sustancial autonomía y control sobre cómo su disputa será resuelta[10].

El profesor Francisco González de Cossío recoge el criterio de Charles Jarroson, y señala que el arbitraje es una institución por la cual un

University of Illinois Law Review 695, 2001, disponible en http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/unilllr2001&div=31&id=&page=

9. No es materia de este artículo discutir si el arbitraje es un contrato o el ejercicio de la potestad jurisdiccional, ya que ha quedado claro en un inicio que la segunda es la teoría aceptada por el autor de este ensayo. Sin embargo, tal distinción es intrascendente para el objeto de este artículo, porque si el arbitraje es un contrato, más sencillo aún resulta la aplicación de una modificación a las etapas del proceso.

10. M. Moses, *Introduction to International Commercial Arbitration*, Loyola University Chicago School of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2011-027, 2011, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1942525.



tercero resuelve una diferencia que divide a dos o más partes, en ejercicio de la función jurisdiccional que le ha sido confiada por ellos[11]. En este mismo texto, el autor señala que no son arbitraje la mediación y conciliación (por las facultades del tercero en la disputa), mandato (por la falta de posibilidad de encomendar al árbitro cómo resolver), transacción (por la falta de tercero, presencia de concesiones mutuas ausentes en el arbitraje y porque ésta es un contrato, a diferencia del resultado de un contrato) y experto (carencia de juzgador, de problema jurídico y de obligatoriedad de la decisión); y explica *por descarte* los elementos que vuelven al arbitraje una institución jurídica única[12].

Juan Guillermo Lohmann señala que el arbitraje es "la institución que regula el acuerdo de voluntades por el cual dos o más partes deciden someterse a uno o más terceros, que aceptan el encargo, para la solución de un cierto conflicto en Derecho Privado respecto del cual dichas partes tienen capacidad de disposición, obligándose previamente a no llevar la controversia a tribunales ordinarios sin el previo fallo arbitral, el cual deberá expedirse con arreglo a ciertas formalidades"[13].

Múltiples otras definiciones y descripciones, tanto del sistema anglosajón como del romano germánico del derecho, concuerdan con las antes transcritas, y no es menester mencionarlas[14]. De lo expuesto, se desprende que más allá de que el arbitraje sea tratado como el ejercicio de una función jurisdiccional derivada, como un contrato o como una figura mixta, tiene elementos que lo distinguen de otras instituciones.

11. C. Jarrosson, *La notion d'arbitrage, droit et de jurisprudence, Bibliothèque de Droit Privé, Librairie Generale*, París, 1987, p. 372, en F. González De Cossío, *Sobre la Naturaleza Jurídica del Arbitraje, Homenaje a Don Raúl Medina Mora*, Colección Foro de la Barra Mexicana, Themis, México D.F., 2008, p.3, disponible
12. Ibídem, p. 8.
13. J. Guillermo Luca, *El Arbitraje*, Biblioteca "Para Leer el Código Civil", Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1987, volumen 5, p. 39.
14. La jurisprudencia nacional se adhiere a las definiciones antes descritas. Ver Resolución S/N *Colonial Compañía de Seguros y Reajustes S.A. vs. La Ganga RCA Cía. Ltda.*, Año CII, Serie XVII, Gaceta Judicial 7, p. 1909 de 10 de octubre de 2011.

i) Un listado de dichos elementos podría ser:

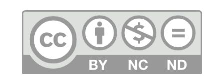
- Institución jurídica que genera un sistema privado de resolución de controversias.
- Existencia de un tercero, que decide sobre la controversia presentada.
- Posibilidad de disponer de los derechos en conflicto (materia tranigible).
- Las partes tienen amplia capacidad de determinar las características del proceso (árbitros, idioma, confidencialidad, sede, reglas, administración), pero no pueden regular su resultado.
- La resolución es de carácter vinculante para las partes.
- No existe intervención de la justicia ordinaria en el proceso de generación del laudo, sino solamente para revisar la aplicación del proceso (acción de nulidad) o para su ejecución.

En la lista antes elaborada se distingue que si el procedimiento se tramite completamente de manera externa a los órganos de administración de justicia estatales, este cumple con uno de los requisitos esenciales para ser considerado arbitraje. Es por esto que el objeto de este ensayo no se trata de proponer la subsunción del arbitraje al control judicial, sino proveer mecanismos de control al arbitraje dentro de sí mismo.

2.1. Razones que fundamentan la necesidad de segunda instancia o apelación en arbitraje

Dado que la obligación de confidencialidad del proceso arbitral ha sido aplicada de manera distorsionada en nuestro medio (confundiendo la reserva que debe existir sobre las partes involucradas y la materia del proceso, con un sigilo sobre el contenido de los laudos), existien pocas publicaciones de laudos arbitrales, el conocimiento de los mismos y su calidad llega a los abogados a través de la propia práctica profesional, o en menor medida por la vía académica.

Sin embargo, de los múltiples laudos que he debido revisar por mi ejercicio como abogado y asesor de entidades privadas, principalmente, he llegado a la conclusión que los *árbitros y el contenido de sus decisiones*



no tienen control alguno sobre su contenido, al menos en comparación con los jueces ordinarios. Baso mi afirmación en lo siguiente:

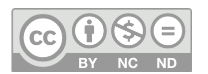
a) A diferencia de los jueces, ninguna norma de carácter legal regula los deberes y responsabilidades de los árbitros respecto al proceso que conocen. No me refiero a las regulaciones específicas de los centros arbitrales (que por cierto regulan una porción, mas no la totalidad, de los arbitrajes que se tramitan), sino a normas que impliquen que las partes puedan demandar sanción o algún tipo de resarcimiento en caso de evidente error en el laudo o perjuicio por el mismo.

Resulta peculiar esta situación, ya que el Código Orgánico de la Función Judicial expresamente declara que los árbitros ejercen función jurisdiccional. Cabe entonces preguntarse, ¿por qué razón no se sujetan, en lo aplicable, a los deberes y obligaciones de los jueces? No encuentro justificación a tal exoneración, tanto más que inclusive los órganos auxiliares de administración de justicia tienen claramente establecidas sus obligaciones en la ley[15].

Basta observar la legislación colombiana para obtener una muestra de que los árbitros en efecto pueden someterse a control de sus actuaciones, tanto más que ejercen una función que podríamos denominar "pública temporal". El Código Disciplinario Único, que rige el régimen de control y sanción de todos los funcionarios públicos de la República de Colombia, establece en su artículo 55 parágrafo segundo, que:

> Los árbitros y conciliadores quedarán sometidos además al régimen de faltas, deberes, prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses de los funcionarios judiciales en lo que sea compatible con su naturaleza particular. Las sanciones a imponer serán las consagradas para los funcionarios judiciales acorde con la jerarquía de la función que le competía al juez o magistrado desplazado.

15. Ver artículos 128, 129 y 130 del Código Orgánico de la Función Judicial para revisar en detalle los deberes de los jueces.



El establecer un sistema de control adecuado resulta especialmente necesario porque no hay organismo a cargo de responder por el error arbitral, a diferencia de lo que ocurre con el error judicial. El artículo 11 de la Constitución ecuatoriana vigente señala:

> Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:
>
> 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.
>
> El Estado, sus delegatarios, concesionarios y *toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública*, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.
>
> El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.
>
> El Estado será responsable por detención arbitraria, *error judicial*, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.
>
> Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos. (El énfasis me corresponden).

Como hemos visto, esta norma no le es aplicable a los árbitros, a diferencia de lo que ocurre en otros países. Entonces, si no existe control de la decisión dentro del proceso y los árbitros están exentos de sanción por su error, nos encontramos en un caso en el que una persona que ejerce un

deber constitucionalmente conferido no es responsable por el desarrollo de su función, lo cual es inadmisible en un Estado de Derecho.

b) La acción de nulidad en contra del laudo arbitral no es cura para el problema señalado. Esto debido a la limitación que la Ley de Arbitraje y Mediación vigente[16] establece en su artículo 31:

Art. 31.- Cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral, cuando:

a) No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Será preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia;

b) No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte;

c) Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse;

d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado; o,

e) Cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el tribunal arbitral.

Es claro que el arbitraje no ha sido diseñado para tener control judicial de contenidos, posición con la que manifiesto mi absoluto acuerdo. Es así que la acción de nulidad prevista en la ley vigente hace relación a vicios

16. Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación, Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006.

del proceso arbitral, que son el único espacio que se abre para que la justicia ordinaria observe lo que ha ocurrido dentro de un procedimiento por naturaleza privado y confidencial.

En caso de determinarse un error procesal, el Presidente de la Corte Provincial respectiva ordenará se reponga el proceso al momento anterior a la nulidad, para que una vez subsanada, se continúe con el aquel. Claramente el control no se extiende, ni puede extenderse, al contenido material del laudo.

c) Más allá del proceso de selección de árbitros, regulado actualmente por los distintos centros de arbitraje y mediación en el país y a nivel internacional, que se lleva (o debería llevarse) a cabo de antes de su inclusión como tales en las listas respectivas, no existe control previo respecto al conocimiento y demás cualidades personales que son parte del individuo a quien le será confiado el conocimiento de un caso, y conforme se ha dicho previamente, el ejercicio de una potestad pública de manera temporal.

Tradicionalmente, se han endilgado múltiples defectos a la administración de justicia ordinaria. Uno de ellos, talvez el más importante desde la situación actual de varios países de América Latina, es la influencia de la política en la justicia, o dicho de manera más general, la existencia de influencia externa en las decisiones judiciales. Citando a Roberto Gargarella, quien se refiere a la situación argentina, pero que es perfectamente aplicable a otros países:

> Los intentos de los poderes políticos a fin de contar con un poder judicial sumiso pueden verificarse aun en países de larga tradición jurídica, pero se tornan más evidentes y más violentos en países jurídicamente menos asentados. En la Argentina, por ejemplo, es una situación típica que cada nuevo gobierno pretenda quitar «independencia» a la Corte, nombrando otra completamente nueva, o cambiando, al menos, a los jueces que sean necesarios para llegar a contar con una mayoría favorable[17].

17. R. Gargarella, *La Justicia frente al Gobierno*, Serie Pensamiento Jurídico Contemporáneo. No. 3, Corte

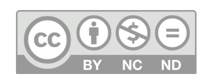
Otro problema que ha sido materia de importante análisis y esfuerzos por parte del área administrativa de la función judicial es la corrupción, mal que aqueja a múltiples oficinas y encargados de administrar justicia a nivel mundial. Los autores señalan que existe "a*mplio consenso en considerar a la corrupción grave y extendido*" de varios sistemas judiciales, y lo señalan como relevante porque *"la prevalencia de la corrupción en un sistema judicial destruye los componentes esenciales de su legitimidad y credibilidad, tales como la imparcialidad, previsibilidad, transparencia y la propia justicia de su actuación y resoluciones"*[18].

Un tercer problema, detectado en la práctica profesional, que es poco descrito en la doctrina nacional o internacional, es el simple y llano desconocimiento de las normas o derecho por parte de los jueces. A pesar de los esfuerzos que realizan las entidades públicas por revertir esta tendencia, la falta de obligatoriedad de la capacitación continua de los abogados y jueces (cuya omisión lleva a la pérdida de licencia profesional en otras jurisdicciones) hace que la calidad jurídica de los profesionales en derecho dependa exclusivamente de su voluntad e interés por mantener un nivel académico aceptable de cada uno de ellos.

Es ahora pertinente preguntarse: ¿Por qué los defectos antes señalados deben remitirse únicamente al foro judicial y no podrían haber también afectado al foro arbitral? Al no ser este último un cuerpo colegiado dicha afirmación jamás podría ser realizada de manera genérica, sin embargo es necesario señalar que al igual que en casos individuales con los jueces, podrían existir árbitros sujetos a cualesquiera de las críticas señaladas en esta sección[19]. Con relación al último problema planteado, esto es el desconocimiento de la materia jurídica puesta en su conocimiento, cabe señalar

Constitucional para el Período de Transición, primera reimpresión, Quito, 2011, p. 247. El análisis del profesor Gargarella se extiende respecto a distintas formas de falta de independencia judicial (poderes políticos, clamor popular, estructura judicial y burocracia interna), que probablemente no son relevantes para el artículo, pero resultan reveladoras para el análisis de la independencia judicial.

18. F. Eguiguren Praeli, *¿Qué hacer con el sistema judicial?*, Agenda Perú, Lima, 1999, p. 56.
19. Se han efectuado estudios que revelan que los árbitros tienden a resolver los casos sometidos a su conocimiento en razón de sus antecedentes profesionales. Para explorar el asunto a profundidad, ver J. Choi, J. E. Fisch y A. Pritchard, *The Influence of Arbitrator Background and Representation on Arbitration Outcomes,* New York University School of Law, Center for Law, Economics and Organization, Law & Economics Research Paper Series, Working Paper 12-17, September 2013, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2109712.



que el problema podría ser aún más profundo en materia arbitral que judicial, ya que en la mayoría de los casos el ejercicio del arbitraje es una actividad secundaria dentro de la práctica profesional de los abogados que tienen tal calidad. Por lo tanto, el tiempo que efectivamente puede ser destinado a su función de juez es mucho menor que la de un juez ordinario, lo cual aumenta las posibilidades de error.

Todos estos defectos generan imposibilidad de predecir las decisiones, sean estas judiciales o arbitrales, lo cual crea incertidumbre y comportamientos erráticos en los actores jurídicos del medio[20].

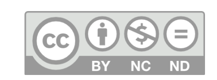
d) El problema respecto a la falta de control de los árbitros no es una materia que concierne únicamente al arbitraje comercial, sino que ha sido una situación ampliamente comentada en el arbitraje de inversión durante los últimos años. En dicha área se ha sostenido principalmente a nivel político que los árbitros tienden a favorecer a ciertas naciones o inversionistas[21], y se han considerado varias opciones para solucionar tal problema, tales como la instauración de apelación en los arbitrajes estado–inversionista, la creación de una sala de la Corte Internacional de Justicia para atender este tipo de casos, entre otras ideas[22].

Finalmente, respecto al arbitraje se han generado comportamientos judiciales inesperados, que podrían de alguna forma reflejar la falta de confianza que produce en el sistema la carencia de control sobre el contenido de los laudos. En un estudio elaborado en el año 2004, se ha determinado que los jueces norteamericanos estatales, quienes están facultados para controlar la validez de los contratos, entre otros las cláusulas arbitrales, tienen mucha mayor tendencia a declarar la invalidez de tales convenios

20. A. Niblett, *Tracking Inconsistent Judicial Behavior*, University of Toronto Faculty of Law, 2012, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1434685.

21. S. D. Franck, *Development and Outcomes of International Treaty Arbitration*, Harvard International Law Journal, Vol. 50, No. 2, 2009, p. 448 y siguientes, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1406714. Cumplo con advertir que esta posición, e incluso la validez científica del reporte antes citado, han sido cuestionados por otros autores. Ver: *Fairness and independence in investment arbitration: A critique of Susan Franck's* «Development and Outcomes of Investment Treaty Arbitration», G. Van Harten, ITN Quarterly 2010, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1740031.

22. Arbitration and Judicialization, Alec Stone Sweet, Oñati Social-Legal Series, Vol. 1, No. 9, 2011 – Autonomy and Heteronomy of the Judiciary in Europe, Guipuzkoa, España, p.15, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1988923.and Heteronomy of the Judiciary in Europe, Guipuzkoa, España, p.15, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1988923.



por sobre otros contratos, y por ende obligar a las partes a acudir a las cortes estatales o federales[23]. Esta declaratoria de invalidez se fundamenta especialmente en la teoría del abuso del derecho, que se plasma en cláusulas arbitrales que a criterio de los jueces son tan injustas o tan inclinadas hacia una parte, que son contrarias a la "buena conciencia" o buena fe.

Las razones expresadas en esta sección se plantean como cuestionamientos pertinentes a la falta de control del contenido de los laudos arbitrales, y que podrían ser todas ellas atendidas, total o parcialmente, con la existencia de segunda instancia o apelación dentro de la sede arbitral.

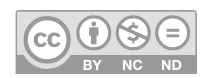
2.2. ¿La ley ecuatoriana permite la realización de segunda instancia o apelación en arbitraje?

La apelación tiene funciones muy importantes en el derecho. En primer lugar, provee a la parte perdedora en primera instancia de una oportunidad de defender sus intereses ante lo que considera una sentencia errónea. Adicionalmente, sirve para alcanzar certeza jurídica y coherencia doctrinal y jurisprudencial, partiendo de la asunción de que la revisión del superior aumenta la consistencia de las decisiones de la primera instancia[24].

Es remarcable que la ley ecuatoriana no indica el contenido preciso del convenio arbitral, sino que solamente lo define y señala su objetivo (artículo 5 LAM), por lo cual deja por las partes y a las regulaciones secundarias de los centros de arbitraje determinen el contenido "ideal" de dicho acuerdo privado que las partes incluyen en los contratos o celebran por cuerda separada.

Vistos los problemas que pueden suscitarse de la falta de control, así como las virtudes de la apelación, cabe preguntarse si la ley ecuatoriana con-

23. S. Randall, *Judicial Attitudes Toward Arbitration and the Resurgence of Unconscionability,* The University of Alabama School of Law, Buffalo Law Review, Vol. 52, 2004, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=663982.
24. Ibídem, 22.



tiene algún impedimento para que este mecanismo sea establecido en las cláusulas de convenio arbitral. Creemos necesario, dada la generalidad del resto de la ley, concentrar la discusión en el artículo 30 de la misma:

> *Los laudos arbitrales dictados por los tribunales de arbitraje son inapelables,* pero podrán aclararse o ampliarse a petición de parte, antes de que el laudo se ejecutoríe, en el término de tres días después de que ha sido notificado a las partes. Dentro de este mismo término los árbitros podrán corregir errores numéricos, de cálculo, tipográficos o de naturaleza similar. Las peticiones presentadas conforme a lo establecido en este artículo serán resueltas en el término de diez días contados a partir de su presentación.
>
> *Los laudos arbitrales no serán susceptibles de ningún otro recurso que no establezca la presente Ley.* (El énfasis me corresponde)

Vista la disposición referida, cabe preguntarse si es que la apelación que está expresamente prohibida en la Ley de Arbitraje y Mediación se refiere a la posibilidad de revisar el caso en sede arbitral, o únicamente busca impedir que el laudo arbitral sea objeto de revisión judicial. Dada la epoca de la redacción de la disposición, la segunda opción es la probable[25].

Para sostener esta disposición, cabe analizar desde la perspectiva doctrinaria qué es un recurso, para identificar si el actual texto de la ley permitiría la apelación o segunda instancia en sede arbitral, o se requeriría una reforma legal que elimine la prohibición antes señalada[26].

Eduardo Devis Echandía indica que por "recurso" se entiende la petición formulada por una de las partes, principales o secundarias, para que el mismo juez que profirió una providencia *o su superior* la revise, con el fin de corregir los errores de juicio o de procedimiento (*in judicando o in procedendo)* que en ella se hayan cometido[27]. (El énfasis me corresponde).

25. La disposición transcrita forma parte de la Ley de Arbitraje y Mediación original, publicada en Registro Oficial No. 145 de 4 de septiembre de 1997. A tal fecha, ninguna de las iniciativas internacionales respecto a apelación en arbitraje había sido desarrollada, como se verá más adelante.
26. Es inútil para el análisis revisar la legislación procesal civil, supletoria en materia arbitral, ya que la misma se refiere a recursos judiciales, específicamente.
27. E. Devis Echandía, *Teoría General del Proceso*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1997, p. 505.

Jaime Flor Rubianes recoge dos definiciones sobre recurso que sirven para el análisis en proceso. Cita Flor Rubianes a Lino Enrique Palacio, que define al recurso como *"Acto procesal en cuya virtud la parte que se considera agraviada por una resolución judicial pide su reforma o anulación, total o parcial, sea el mismo Juez o Tribunal que la dictó o a un Juez o Tribunal jerárquicamente superior"*. Eduardo J. Couture, citado también por Flor Rubianes, indica que *"Los recursos son, genéricamente hablando, medios de impugnación de los actos procesales. Realizado el acto, la parte agraviada por él tiene, dentro de los límites que la ley le confiere, poderes de impugnación destinados a promover la revisión del acto y su eventual modificación"*[28].

Parecería que las definiciones señaladas indican que la definición de recurso implica necesariamente la existencia de un proceso judicial. Sin embargo de ello, debo admitir que existen otras normas legales en nuestro sistema jurídico, no judiciales, que también hacen referencia a recursos, principalmente en sede administrativa, situación que podría contradecir el argumento anterior.

Más allá de lo dicho, como se verá más adelante, las reglas existentes en otras legislaciones relativas a apelación en arbitraje no enfocan este paso procesal como una instancia superior, sino como un procedimiento autónomo de revisión del laudo arbitral en sede judicial[29], por lo que su implementación no implicaría violación a la ley ecuatoriana vigente, en el supuesto que los recursos prohibidos por la Ley de Arbitraje y Mediación no sean únicamente los judiciales.

2.3. Aplicación de cláusulas de segunda instacia en arbitraje

Con el objetivo de no extender innecesariamente el ensayo, me remito a los ejemplos a mano sobre la aplicación de apelación dentro de sede arbitral. Es necesario señalar que esta tendencia es una clara minoría en la legislación internacional. Por ejemplo, las leyes arbitrales de Colombia, España y Chile siguen señalando que el arbitraje tendrá solamente revisión judicial limitada.

28 J. Flor Rubianes, *Teoría General de los Recursos Procesales*, Librería Jurídica Cevallos, Quito, 2002, p. 15.

29. Ver http://go.adr.org/AppellateRules

La Ley No. 19.971 de Chile señala que:

Art. 34.- La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral.

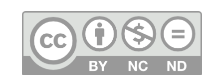
[1] Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los numerales [2] y [3] de este artículo.[…][30].

La Ley No. 1562 de 2012 de Colombia indica dos medios de impugnación en sede judicial para el laudo arbitral:

Artículo 40. Recurso extraordinario de anulación. Contra el laudo arbitral procede el recurso extraordinario de anulación, que deberá interponerse debidamente sustentado, ante el tribunal arbitral, con indicación de las causales invocadas, dentro de los treinta (30) días siguientes a su notificación o la de la providencia que resuelva sobre su aclaración, corrección o adición. Por secretaría del tribunal se correrá traslado a la otra parte por quince (15) días sin necesidad de auto que lo ordene. Vencido aquel, dentro de los cinco (5) días siguientes, el secretario del tribunal enviará los escritos presentados junto con el expediente a la autoridad judicial competente para conocer del recurso.

Artículo 45. Recurso de revisión. Tanto el laudo como la sentencia que resuelva sobre su anulación, son susceptibles del recurso extraordinario de revisión por las causales y mediante el trámite señalado en el Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, quien tuvo oportunidad de interponer el recurso de anulación no podrá alegar indebida representación o falta de notificación. Cuando prospere el recurso de revisión, la autoridad judicial dictará la sentencia que en derecho corresponda[31].

30. Ley No. 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional, publicada el 29 de enero de 2004, disponible en http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=230697
31. Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, Ley No. 1563 de 2012, publicada en el Diario Oficial No. 48.489de 12 de julio de 2012.



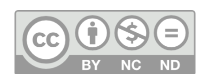
Por su parte, la ley de Arbitraje, No. 60/2003 de 23 de diciembre de 2013, reformada por Ley No. 11/2011 de 20 de mayo de 2011, señala que:

> *Artículo 43. Cosa juzgada y revisión de laudos.* El laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes[32].

Sin embargo de la existencia de estas normas, que parecerían limitar el acceso a recursos incluso en sede arbitral, por no estar previstos expresamente en la ley, cabe recalcar que varios centros de arbitraje de estos países han entendido que al ser el convenio arbitral un acuerdo de voluntad que regula enteramente la controversia, bien puede establecerse apelación sin violar la ley (asumiendo también como válidas las afirmaciones de las sección previa de este ensayo).

Por ejemplo, la Corte Española de Arbitraje acoge abiertamente la posibilidad de una segunda instancia arbitral, para lo cual ha creado un procedimiento que consta en su Reglamento de Funcionamiento[33], y ha propuesto, además, un sencillo modelo de cláusula arbitral con provisión de apelación[34]. Debo expresar que el procedimiento propuesto por este centro arbitral no me resulta atractivo, ya que lamentablemente prevé la existencia de período de prueba así como múltiples actuaciones de las partes, lo que podría causar la pérdida de la característica de celeridad, esencial en el arbitraje tal como lo hemos señalado en secciones previas[35].

32. Ley de Arbitraje, No. 60/2003 reformada, publicadas sus reformas en el Boletín Oficial del Estado No. 121 de 21 de mayo de 201.
33. Ver http://corteespanolaarbitraje.es/wp-content/uploads/2014/05/articulo-39-segunda-instancia-arbitral1.pdf.
34. "Toda controversia que se derive del presente contrato o de un acuerdo, se resolverá definitivamente mediante arbitraje administrado por la Corte Española de Arbitraje, de acuerdo con su Reglamento y Estatuto, a la que se encomienda la administración del arbitraje y el nombramiento del árbitro o de los árbitros. Las partes se otogan el derecho de apelar el laudo o laudos que se dicten ante un tribunal arbitral de segunda instancia, con carácter previo a la eventual incoación de la acción de anulación, de conformidad con lo previsto en el reglamento de la Corte Española de Arbitraje". Ver http://corteespanolaarbitraje.es/wp-content/uploads/2014/05/convenio-arbitral-prevision-de-segunda-instancia.pdf.
35. Existen múltiples casos adicionales que podrían ser citados, como el del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago de Chile. Ver artículo 40 del Reglamento Procesal de Arbitraje, disponible en http://www.camsantiago.cl/reglamento_arbitraje_nacional.html.



De alguna manera, podría pensarse que el modelo norteamericano se parece a lo antes indicado respecto al español o chileno. Esto por cuanto la Ley Federal de Arbitraje (*Federal Arbitration Act*)[36] no prevé tampoco ningún recurso dentro de la sede arbitral, sino la posibilidad limitada de anulación de los laudos arbitrales por parte de las cortes federales o estatales. Sin perjuicio de ello, la práctica de segunda instancia en arbitraje es relativamente común comparada con el derecho romano germánico, especialmente por cuanto las partes de litigios complejos y sus abogados no se sienten cómodos (con toda justificación) teniendo "un solo disparo" en el arbitraje, y buscan que exista cierto nivel de control de las decisiones, especialmente en casos de alta cuantía económica

Dada esta práctica, la Asociación Americana de Arbitraje (en adelante AAA) expidió con fecha efectiva 1 de noviembre de 2013, un modelo de reglas de apelación de laudos arbitrales, a las que las partes que escogen los servicios de tal centro pueden adherirse[37]. Las reglas son bastante menos complejas que las españolas referidas previamente, lo que refleja una vez más la adaptabilidad, flexibilidad y practicidad del modelo de derecho de la escuela del *common law*.

Debe mencionarse también en este acápite a las reglas de apelación en arbitraje de JAMS, organización que brinda servicios para resolución de controversias en Estados Unidos de América, quienes propusieron a sus usuarios reglas de apelación de laudos arbitrales en junio de 2003[38].

Finalmente, y como ejemplo destacado en la legislación de la región debe señalarse el caso peruano, que incluye normativa clara y efectiva sobre la apelación. La Ley General de Arbitraje No. 26572 de 20 de diciembre de 1995[39] incluye expresamente la facultad de las partes litigantes en arbitraje de impugnar la resolución en apelación arbitral.

El artículo 60 de la Ley General de Arbitraje señala que los laudos pueden ser impugnados por apelación ante la sede judicial, o ante una segunda instancia arbitral. Esta última forma de impugnación procederá con

36. Título 9, US Code, Sección 1-14, disponible en https://www.aaau.org/media/5045/federal%20arbitration%20act.pdf.
37. Ver https://www.adr.org/aaa/ShowProperty?nodeId=/UCM/ADRSTAGE2016218.
38. Ver http://www.jamsadr.com/appeal/.
39. Publicada el 3 de enero de 1996.

acuerdo expreso de las partes, o en caso de silencio de la cláusula respecto a la interposición de recursos.

Las reglas de la apelación son claras y prevén un procedimiento expedito para conseguir un laudo final: el tribunal de apelación se conformará de la misma forma que el tribunal inicial, se recibirán exposiciones de las partes respecto al recurso y se otorgará un término para resolver, sin admitir medio probatorio alguno.

3. ¿Cómo debe incorporarse tal disposición en la cláusula estándar ecuatoriana?

Como ha quedado visto de la experiencia internacional, aun cuando la ley parece impedir el acceso a recursos ulteriores, este existe y se aplica, habiendo tenido ya considerable análisis en otras jurisdicciones. Sin embargo, existen dos modalidades que podrían aplicarse. La primera implica incluir las reglas de la apelación al convenio arbitral, tal como lo sugiere la AAA; y en la segunda se delega el procedimiento de apelación al reglamento del respectivo centro de arbitraje, opción que eventualmente es más sencilla para las partes, pero implica pérdida de control del trámite de este recurso arbitral.

Sea que se incluya en la cláusula misma o en los reglamentos de los centros arbitrales, creemos que los siguientes pueden ser criterios básicos para construir tales reglas de tal manera que esta segunda instancia funcione adecuadamente:

a) La apelación requiere expreso acuerdo de las partes, como cualquier otra acción en la materia.

b) Al ser apelado un laudo, este no podrá ser ejecutado ni podrá ser objeto de acción de nulidad judicial.

c) Esta impugnación debe permitirse por errores relevantes de derecho o apreciación de los hechos claramente errónea, que la parte perjudicada determine expresamente.

d) Para agilidad en su aplicación, el recurso debería tramitarse a través de un Centro de Arbitraje.

f) La selección de los miembros del tribunal arbitral de alzada debe ser realizada directamente por el Centro de Arbitraje que administra el proceso, por sorteo de su lista, salvo determinación expresa de los árbitros a considerar.

g) El recurso debe ser fundamentado, y el tribunal Arbitral de alzada debe tener la posibilidad de calificar su procedencia.

h) El tribunal arbitral de alzada podrá calificar su propia competencia, pero no la competencia del tribunal inferior. Si se declara incompetente, el laudo original deberá mantenerse.

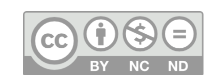
i) Más allá del recurso de apelación y su contestación, y eventualmente la realización de una audiencia, el tribunal arbitral de alzada deberá expedir su laudo en virtud de los méritos del proceso.

j) Debe establecerse un tiempo límite para la expedición del laudo.

k) El tribunal arbitral de alzada podrá expedir su propio laudo, modificar el del tribunal inferior, pero no podrá enviar el proceso al tribunal inferior para que este dicte un nuevo laudo.

4. Conclusión

A lo largo del texto se ha presentado claramente la postura de este ensayo, y es tratar de incentivar el debate en el foro jurídico nacional y regional sobre la posibilidad de contar con un control del contenido de los laudos arbitrales, dentro de la propia jurisdicción arbitral, por lo que no es necesario extenderse en conclusiones repetitivas. Creemos de manera sincera que está en manos de los distintos Centros de Arbitraje nacionales determinar reglas de apelación y ponerlas a disposición de las partes interesadas, de tal manera que la práctica de la revisión y control de los laudos arbitrales se popularice en el medio jurídico.

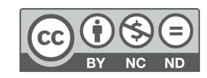


La sugerencia de implementar apelación en arbitraje es presentada con el afán de preservar y consolidar el arbitraje como un método de solución de controversias válido y confiable, al que las partes puedan acudir sin reservas o temor por la falta de control que se evidencia en ciertos laudos. No constituye esta exposición el resultado de crítica a un laudo o actuación específico, ya que de ser ese el caso, se mencionaría tal laudo sin reserva alguna, más allá de las impuestas por la norma.

Considero sinceramente que en caso que el arbitraje continúe teniendo episodios en que los laudos son abiertamente arbitrarios (lo cual ocurrirá en el futuro sin duda, por lo explicado en el texto), y si las partes continúen sin contar con mecanismos de control efectivos para el ejercicio de esta potestad pública, el arbitraje corre el riesgo de perder su bien ganada reputación, o de ser objeto de excesivo e indebido control estatal, lo cual distorsionaría sin remedio esta institución del derecho.

Otra alternativa, que debe ser materia de análisis en otro ensayo, es la determinación a nivel regulatorio de requisitos para acceder a la calidad de árbitro, como ha ocurrido en otros países[40], para así limitar especialmente la actuación en casos de conflictos de interés que también se presentan en nuestro medio; pero hay que reconocer que tal acción no solucionaría todos los problemas que el control mediante apelación sí atiende.

40. Ibídem, 21, p. 7 y siguientes.



Oportunidades y Riesgos en la decisión del caso *BG Group vs. Argentina**

*Luis Miguel Velarde Saffer*** y Jonathan W. Lim****

SUMARIO: 1. Jurisdicción vs. Admisibilidad: Consentimiento y la "Zona Gris". **2.** La Importancia del Lugar del Arbitraje. **3.** ¿Debe el arbitraje de inversión tener un tratamiento diferente del arbitraje comercial? De ser el caso ¿qué tan diferente? **4.** ¿Un arbitraje bajo el Convenio CIADI sería diferente?

1. Jurisdicción vs. Admisibilidad: Consentimiento y la "Zona Gris"

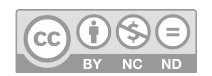
El asunto central en la apelación consiste en si, en el contexto de un arbitraje de inversión, las cortes norteamericanas deben otorgar deferencia a las decisiones arbitrales sobre el cumplimiento de pre-condiciones al arbitraje, o si por el contrario pueden decidir de manera independiente y *de novo* tales asuntos. En otras palabras, el asunto no se refiere únicamente a si un inversionista puede válidamente iniciar un arbitraje sin haber antes litigado ante las cortes locales, sino además si son los árbitros o las cortes quienes tienen la decisión final sobre el cumplimiento de las pre-condiciones al arbitraje. Esta es una cuestión más general que concierne a la distribución de responsabilidades entre las cortes nacionales y los árbitros.

---

* Traducción al español del artículo "Opportunities and Risks in the Upcoming BG Group v. Argentina Decision", publicado en inglés en Transnational Dispute Management 3 (2014). Traducción efectuada por Andrea Zegarra Ballón, abogada por la Universidad de Lima y Master por el IE Business School. El presente artículo, publicado a inicios del 2014, propuso recomendaciones para la solución del caso BG Group y presentó, con miras al futuro, un marco analítico para decidir casos límite (denominados "Zona Gris") entre jurisdicción y admisibilidad. Habiéndose publicado, el 5 de marzo de 2014, el fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso BG Group, el presente artículo (publicado antes de la emisión de dicho fallo) permite analizar el proceder de la Corte y constatar si el panorama para futuros casos en la Zona Gris ha sido aclarado.

** Asociado en Dechert París LLP. Harvard Law School, LL.M, Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Árbitro de la Cámara de Comercio de Lima, Árbitro y dell Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

*** Asociado en Wilmer Cutler Pickering Hale & Dorr LLP. LL.B por la Universidad Nacional de Singapur y LLM por la Escuela de Derecho de Harvard, y es un receptor de varios premios académicos de ambas instituciones. Está capacitado para ejercer en Nueva York y Singapur.



La respuesta a esta cuestión tiene un impacto fundamental en si las partes obtienen el proceso que acordaron y, por consiguiente, si el proceso de arbitraje de inversión será visto como válido y eficaz[1]. El desafío consiste en identificar correctamente si la cuestión plantea un asunto referido a la jurisdicción, que las cortes nacionales pueden revisar de novo, o si se refiere a un asunto de mera admisibilidad, donde la decisión de los árbitros debe ser tratada con deferencia.[2] A pesar de que hay casos claros, la mayoría de los comentaristas concuerda en que existe una Zona Gris de casos difíciles, es decir, un espectro de casos complejos que se resisten a una sencilla clasificación. *BG Group* es interesante precisamente porque cae dentro de la mencionada Zona Gris.

De acuerdo con la ley de arbitraje de los Estados Unidos de Norteamérica, la distribución de los roles entre cortes y árbitros se realiza utilizando el término (erróneo) "arbitrabilidad"[3]. Las cortes americanas se preguntarán, respecto a la cuestión de la arbitrabilidad, si las partes quisieron someter dichas cuestiones a los árbitros o a las cortes. Para responder esto, la línea de casos *Howsam* distingue entre asuntos de arbitrabilidad sustantiva (*jurisdicción*) y asuntos de arbitrabilidad procesal (*admisibilidad*): las cortes pueden revisar de novo cuestiones relacionadas a la primera pero deben dar deferencia a las decisiones de los árbitros respecto de las últimas. Bajo esta dicotomía en la ley estadounidense, la Corte Suprema ha establecido que "las pre-condiciones a la obligación de arbitrar" son "procesales" y en consecuencia a ser decididas por los arbitros[4]. A pesar de esta categorización aparentemente sencilla, los argumentos intercambiados en el caso *BG Group* ponen en duda cualquier suposición general de que las "pre-condiciones" deben siempre ser tratadas por las Cortes como de naturaleza procesal.

---

1. Como uno de los comentaristas explica con precisión: "*las decisiones de un tribunal que no respetan su jurisdicción podrán ser anuladas por el órgano o autoridad de control. Sin embargo, si las partes se han sometido a la jurisdicción de un tribunal, sus determinaciones sobre la admisibilidad de la pretensión deben ser finales. Clasificar erróneamente cuestiones de admisibilidad como de jurisdicción puede por tanto dar lugar a una extensión injustificada de las causales para impugnar laudos, y frustrar las expectativas de las partes de que su disputa será decidida por el tribunal neutral elegido*". Véase J. Paulsson, "Jurisdiction and Admissibility", en Gerald Aksen y otros (eds), Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum en Honor de Robert Briner, Publicaciones ICC, Publicación 693, p. 601.
2. Una forma de hacer la distinción conceptual es: los cuestionamientos a la *jurisdicción* tienen como objetivo cuestionar la facultad de los árbitros para decidir la disputa, mientras que los cuestionamientos de *admisibilidad* se refieren a la posibilidad de plantear la pretensión, sin importar quién emitirá el laudo o fallo.
3. Este es un uso confuso en los Estados Unidos – relativo a cuestiones que deban resolverse por jueces o árbitros –que no está en línea con el significado común internacional del término "arbitrabilidad", que generalmente se refiere a la posibilidad de someter a abitraje la materia controvertida, o en otras palabras, a los límites establecidos por las políticas públicas respecto de los tipos de asuntos que podrán ser sometidos a arbitraje. La Ley Modelo de la CNUDMI refleja este concepto de arbitrabilidad. Bajo este uso común, por ejemplo, se podría decir que asuntos de naturaleza penal no son arbitrables en la mayoría de países.
4. John Wiley & Sons, Inc c. Livingston, 376 U.S. 543 (1964).

Las disposiciones relevantes del TBI Gran Bretaña – Argentina son los artículos 8(1) y 8(2) de la Cláusula de Solución de Controversias, que establecen lo siguiente[5]:

1. Disputas respecto a una inversión que surgen dentro de los términos de este Acuerdo entre un inversionista de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante, que no han sido resueltas en forma amistosa deberán ser sometidas, a pedido de una de las partes, a la decisión del tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio la inversión fue realizada.

2. Las mencionadas disputas deberán ser sometidas a arbitraje internacional en los siguientes casos:

a) si una de las partes lo solicita, en algunas de las siguientes circunstancias:

   i) Cuando, luego de transcurrido un período de 18 meses desde el momento en que la disputa fue sometida al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio la inversión fue realizada, dicho tribunal no haya emitido una decisión final;

   ii) Cuando la decisión final del tribunal antes mencionado haya sido emitida pero las partes aún continúan en disputa;

b) cuando la Parte Contratante y el inversionista de la otra Parte Contratante así lo han acordado.

En un inteligente replanteamiento de las cuestiones sometidas a la Suprema Corte[6], Argentina ha calificado la exigencia de pasar por las cortes locales como una condición de su consentimiento al arbitraje. Aquella consistiría en una condición para la existencia misma de un acuerdo de arbitraje, en lugar de una condición previa a la ejecución de la obligación de arbitrar (que supone la existencia de un acuerdo válido de arbitraje). Esto altera los términos del debate, toda vez que la validez o existencia de un acuerdo de arbitraje son considerados, bajo la ley existente, como cuestiones de arbitrabilidad sustantiva. La caracterización efectuada por Argentina exige entonces que

5. *Infra* 2.
6. Una objeción similar fue planteada por el demandado en el caso *John Wiley.* Véase J.Wiley*, infra 7*, p. 918.

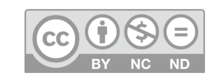
la Corte se pronuncie sobre si existe consentimiento al arbitraje de inversión sólo cuando las condiciones que requieren previo litigio ante el fuero judicial local se cumplen, o si el consentimiento de los Estados se produce una vez que se celebra el Tratado.

Sin negar la lógica interna al argumento de Argentina, hay quizás una circularidad peligrosa aquí. Si la Corte Suprema acepta la argumentación de Argentina, abriría la puerta para que los demandados formulen objeciones basadas en la ausencia de consentimiento cada vez que una condición procesal no se cumpla, sin importar lo trivial que aquella pueda ser. De aquí la aparente obsesión de la Corte Suprema en los alegatos orales respecto de cómo se analizaría un requisito de que algo "se presente en papel azul", y si podría sustentarse una objeción basada en la ausencia de consentimiento si los documentos se presentaran en papel blanco[7]. Aunque obviamente una *reductio ad absurdum*, dicho cuestionamiento demuestra que la posición de Argentina amenaza con anular la línea divisoria existente en el Derecho americano (para analizar la naturaleza de las pre-condiciones) sin proponer ninguna mejor alternativa.

En última instancia, la posición de Argentina simplemente omite la pregunta de cómo se deben distribuir las responsabilidades entre los tribunales y árbitros. Si la propuesta de Argentina es aceptada, en cada caso donde una parte alegue la falta de consentimiento, las cortes revisarán la objeción *de novo* y decidirán si el consentimiento fue otorgado o no. Por ejemplo, si la Corte Suprema decide que existió consentimiento al arbitraje, las pre-condiciones constituirían cuestiones de mera arbitrabilidad procesal y la decisión de los árbitros deberá ser tratada con deferencia. Por otro lado, si la Corte decide que no existió consentimiento, los árbitros se habrían equivocado al declararse competentes y la Corte debería anular su decisión. En resumen, la Corte puede alcanzar cualquier resultado mediante la revisión *de novo* del asunto. Sin embargo, esto ya presume la respuesta a la pregunta planteada a la Corte en primer lugar, es decir, si se debe otorgar deferencia a la decisión de los árbitros. La propuesta de Argentina entonces inclina la balanza a favor de la revisión *de novo.*

Lo que este debate ilustra es lo difícil que puede resultar distinguir entre jurisdicción y admisibilidad en la Zona Gris. A diferencia de asuntos que claramente se refieren a admisibilidad por un lado (tales como prescripción

7. Véase la transcripción de las alegaciones orales, *BG Group PLC c. Republic of Argentina* (Corte Suprema de los Estados Unidos), 2 de Diciembre de 2013, pp. 21, 31, 51.



y *estoppel*), y aquellos referidos claramente a jurisdicción (tales como la validez del acuerdo arbitral), los casos en la Zona Gris se resisten a una simple clasificación. En estos casos, el enfoque estadounidense de centrarse en quién quisieron las partes que tenga la última palabra en cuestiones particulares de "arbitrabilidad" resulta irreal, ya que las partes normalmente no consideran esta cuestión. En ausencia de un acuerdo expreso de las partes, entonces, la línea divisoria entre jurisdicción y admisibilidad descansa sobre la base incierta de las intenciones presuntas de las partes, proporcionando así a los tribunales un margen demasiado amplio para decidir una cuestión *de novo*, y potencialmente frustrando el mecanismo de solución de controversias elegido por las partes.

Debe ser evidente que la exigencia de litigación no vinculante en las cortes del Estado anfitrión es un caso de Zona Gris dada la gran cantidad de memoriales *amicus curiae* remitidos en respaldo tanto de *BG Group* como de Argentina. El artículo 8 del TBI Argentina – Gran Bretaña es inusual al requerir el inicio de acciones en las cortes locales, y al mismo tiempo establecer que la decisión de los tribunales locales no resultan definitivas y que el inversionista puede recurrir al arbitraje si no está satisfecho con la decisión judicial o han transcurrido más de 18 meses. Debido a la disposición que permite el arbitraje después de un lapso de tiempo, dicha exigencia no califica como una de "agotamiento de los remedios internos", que es generalmente considerada como de carácter jurisdiccional[8]. Por otro lado, a diferencia de las cláusulas de resolución de conflictos escalonadas que exigen mediación o intentos de conciliación previos, que han sido consideradas en la legislación estadounidense como cuestiones de admisibilidad, el artículo 8 requiere un recurso previo a los tribunales locales de Argentina, es decir, a un foro muy diferente con poderes adjudicativos.

La literatura y jurisprudencia postulan varios posibles *tests* o factores para navegar por la Zona Gris, pero desafortunadamente ellos no aclaran el panorama en el caso *BG Group*. En *John Wiley*, la Corte tomó en consideración cuán estre-

8. Véase PAULSSON, *infra 4,* p. 616. Véase también MAFFEZINI C. Spain, Decisión de Jurisdicción, 25 de enero de 2000, párr. 38 y siguientes, disponible aquí: http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0480.pdf; Siemens c. Argentina, Decisión de Jurisdicción, 3 de agosto de 2004, párr. 82 y siguientes, disponible aquí: http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0789.pdf. En efecto, el artículo 26 de la Convención de Washington expresamente prevé, en arbitrajes CIADI, los Estados podrán requerir el agotamiento de los remedios internos como "una condición para su consentimiento al arbitraje", disponible aquí: https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf.

chamente ligada estaba la satisfacción de las pre-condiciones al fondo de la controversia[9]. El Tribunal sostuvo que *"sería una regla curiosa aquella que exija que cuestiones entrelazadas de "sustancia" y "procedimiento"derivadas de una misma disputa y que plantean interrogantes sobre los mismos hechos tuvieran que ser repartidas entre dos foros diferentes, uno decidiendo después del otro"*. Aplicando esto en el caso BG Group, los mismos hechos que dieron lugar a la controversia (las medidas de emergencia adoptadas por el Gobierno argentino) son prácticamente inseparables de los hechos en los que el tribunal arbitral fundamentó su decisión de excusar a *BG Group* del cumplimiento del requisito de litigación local. Esto por lo tanto argumenta a favor de considerar la satisfacción de la pre-condición como una cuestión de admisibilidad.

Sin embargo, otro *test* apunta en la dirección contraria. Jan Paulsson ha sugerido que *"la relevancia de la objeción para la naturaleza del foro"* es una consideración primordial para determinar si una pre-condición va hacia el lado de jurisdicción o de admisibilidad[10]. En otras palabras, la pregunta es *"si el éxito de la objeción necesariamente niega el consentimiento al foro"* (énfasis añadido)[11]. Debido a que la pre-condición en el caso BG Group es recurrir a las cortes argentinas, la objeción de Argentina en este caso involucraría el *"consentimiento al foro"*. Bajo este test, en consecuencia, podría argumentarse que la objeción tiene carácter jurisdiccional. No obstante, el resultado opuesto puede también ser argumentado bajo el test de Paulsson. Debido a que el artículo 8 faculta al inversor a presentar una demanda arbitral después de cierto período de tiempo, la objeción de Argentina no necesariamente niega consentimiento al fuero arbitral. Si este es el caso, entonces, puede argumentarse que la objeción involucra solamente una cuestión de admisibilidad.

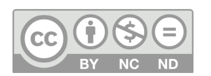
Ante estas dificultades, los autores hacen dos contribuciones para el análisis y posible solución de los casos ubicados en la Zona Gris y, en particular, del caso *BG Group.* Sugerimos que este último debería ser resuelto a favor de otorgar deferencia a la decisión de los árbitros respecto de la pre-condición, sobre la base de: i) la forma piramidal de la cláusula escalonada de solución de controversias, con todos los caminos llegando al arbitraje; y alternativamente, ii) la adopción de una presunción de sentido común de que las partes han consentido *incondicionalmente* al arbitraje.

9. J. Wiley, *infra 7*, p. 556.
10. Paulsson, *infra 4*, p. 616.
11. Ibídem.

Primero, se sugiere que una posible solución del caso *BG Group* puede encontrarse en la particular forma y estructura de la cláusula escalonada de solución de controversias del TBI Argentina – Gran Bretaña. Se debe distinguir entre una pre-condición que requiere el recurso previo a un foro adjudicativo capaz de emitir una decisión final y vinculante, y una pre-condición que requiere recurso a un foro no vinculante o no adjudicativo. En el último, como es el caso de *BG Group*, *debido a que todos los caminos conducen al arbitraje* se puede argumentar que existe consentimiento para que sea un tribunal arbitral quien decida la disputa. El requisito del recurso previo a un foro alternativo entonces se asimila a un período de espera. Por el contrario, en el primer caso, la disputa es capaz de ser resuelta concluyente y definitivamente mediante la adjudicación en el primer foro, y en consecuencia el consentimiento al foro arbitral puede ser considerado como condicional respecto del primer recurso. Por ejemplo, una cláusula similar al artículo 8 del TBI Argentina – Gran Bretaña, pero que no contemple la posibilidad de apelar la decisión de las cortes locales (es decir, sólo podrá llegarse a arbitraje si no se emite una decisión en 18 meses), caería dentro de la categoría jurisdiccional. Bajo este análisis, el punto clave para decidir si el requisito del recurso previo es una pre-condición a la existencia del acuerdo de arbitraje es la forma de la cláusula: si ha sido diseñada como una "pirámide", donde todos los caminos llevan al arbitraje ubicado en el cima, o como un "tenedor"[12] , donde las partes pueden ser sometidas a más de un foro que podrá emitir una decisión definitiva y vinculante sobre el fondo de la controversia.

En segundo lugar y alternativamente, una solución más amplia del caso *BG Group* se puede alcanzar mediante la adopción de una regla general de acuerdo con la cual, ante la ausencia de una estipulación expresa que condicioione el consentimiento, se presuma que las partes han consentido *incondicionalmente* al arbitraje. Existen fuertes razones a favor de esta regla de sentido común, particularmente en el caso del arbitraje de inversión. Cuando los Estados entran en un Tratado que contempla un arbitraje, es razonable creer que aquellos quisieron que las disputas fueran resueltas por un tribunal arbitral con experiencia en derecho internacional. Como la determinación de la naturaleza y el cumplimiento de las pre-condiciones para el arbitraje generalmente involucra la interpretación de tratados conforme al derecho internacional, y el consentimiento de un Estado Soberano es un

12. No confundir con las cláusulas de *fork in the road*, que no se refieren a las pre-condiciones al arbitraje.



asunto de derecho público internacional, tiene sentido presumir que un tribunal arbitral con conocimiento en derecho internacional es el órgano indicado para resolver este tipo de disputas. Esta presunción es también consistente con la Convención de Viena, que resulta aplicable a la cláusula arbitral contenida en el TBI Argentina – Gran Bretaña[13]. En línea con la interpretación textual de la Convención de Viena, que requiere adhesión estricta al texto del tratado sobre cualquier intención no expresada de las partes, la regla propuesta restringiría interpretaciones *creativas* de las cortes o los árbitros en casos complejos.

Esta regla traería muchos beneficios al sistema de arbitraje de inversión como un todo. Si la Corte Suprema confirmase la decisión de la Corte de Circuito de D.C. de revisar *de novo* el laudo arbitral, esto incentivaría a los Estados demandados a abusar del sistema presentando objeciones amorfas de ausencia de consentimiento. Si las partes sólo pueden plantear tales objeciones cuando su consentimiento haya sido expresamente condicionado, se avanzaría en la creación de un proceso más eficiente *"de una sola parada"* para la solución de disputas de inversión. Dicha regla también proveería mayor certeza y predictibilidad. Adicionalmente, esta regla general también reduce el riesgo de error en las decisiones. Debido a que la revisión de decisiones arbitrales en disputas de inversión puede llegar a las cortes nacionales mucho después de la celebración del Tratado en cuestión, muy poca información podría estar disponible para que las cortes puedan interpretar el Tratado y determinar los hechos de la disputa. En cambio, el tribunal arbitral está constituido mucho más cerca en el tiempo al surgimiento de la disputa, y además tendrá el beneficio de haber apreciado directamente la evidencia del caso. Finalmente, esta regla general no sería costosa para los Estados, toda vez que ellos podrán negociar fácilmente e incluir el lenguaje relevante en sus tratados de inversión. En un análisis simple de costo-beneficio, en consecuencia, los autores favorecen y abogan por establecer una presunción de consentimiento incondicional de las partes al arbitraje.

13. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de Mayo de 1969, disponible aquí: https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf (en adelante, la "Convención de Viena"). El artículo 31(1) de la Convención de Viena otorga primordial importancia al "sentido ordinario" de los "términos del tratado", y permite una referencia muy limitada a materiales ajenos al mismo.

2. La importancia del lugar del arbitraje

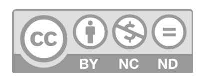
Las complejidades envueltas en distinguir entre admisibilidad y jurisdicción en casos difíciles solo sirven para reforzar la importancia de elegir cuidadosamente la sede del arbitraje. En casos difíciles que involucran, como en el presente caso, tener que litigar localmente por un período de tiempo limitado, las cortes nacionales pueden diferir marcadamente en su caracterización del requisito y el grado de revisión judicial debido a la inherente complejidad de la tarea, los diferentes elementos fácticos y los términos de las leyes que regulan el *vacatur* de los laudos.

Es más, las cortes pueden diferir incluso en casos menos complejos. En el caso *International Research Corp PLS c. Lufthansa*, la Corte de Apelaciones de Singapur analizó el cumplimiento de ciertos procedimientos de negociación que requerían ser agotados antes del inicio de un arbitraje. El tribunal arbitral había concluido que dichos procedimientos eran muy inciertos para que su cumplimiento fuese exigido. El demandado intentó anular el laudo ante la Alta Corte de Singapur pero fracasó[14]. La Alta Corte consideró que, a pesar de que los compromisos pre-arbitraje eran exigibles, ellos fueron cumplidos en el caso. En apelación, no obstante, la Corte de Apelaciones revocó la decisión[15]. A pesar de los diferentes resultados, ambas cortes dieron por sentado que el requisito de sostener negociaciones preliminares involucraba la jurisdicción del tribunal arbitral y, por ende, que la corte podía decidir *de novo.* Bajo John Wiley, este mismo requisito en los Estados Unidos sería caracterizado como una cuestión de "arbitrabilidad procesal", y por ende decidido otorgando deferencia a los árbitros[16].

Un análisis más profundo de la legislación y de la jurisprudencia de las jurisdicciones relevantes, teniendo en mente sus raíces de derecho civil o derecho anglosajón, requiere ser realizado para determinar cómo aquellas

---

14. *International Research Corp PLC c. Lufthansa System Asia Pacific Pte Ltd y otro* (2012), disponible aquí: http://www.singaporelaw.sg/sglaw/laws-of-singapore/case-law/free-law/high-court-judgments/15051-international-research-corp-plc-v-lufthansa-systems-asia-pacific-pte-ltd-and-another-2012-sghc-226.
15. *International Research Corp PLC c. Lufthansa System Asia Pacific Pte Ltd y otro* (2013) SGCA 55, disponible aquí: http://www.singaporelaw.sg/sglaw/images/ArbitrationCases/2014%201%20SLR%20130.pdf.
16. Para otros ejemplos de los diferentes tratamientos dados por cortes nacionales a asuntos similares, considerar la decisión emitida por las cortes británicas en *Wah (aka Tang) c. Grant Thornton International (GTILL) Ltd.* (2012), EWHC 3198 (Ch), disponible aquí: http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2012/3198.html, donde una cláusula similar (como *Lufthansa*) fue considerada inexigible.



analizan el asunto. Confianza en la buena reputación del país como sede del arbitraje puede no ser suficiente. De hecho, jurisdicciones pro arbitraje, como Suiza, pueden ser fuente de decisiones que contrapuestas al consenso internacional. En *Vekoma B.V. c. Maran Coal Corp.*, luego de concluir que un plazo de 30 días para presentar una demanda arbitral constituía un requisito de jurisdicción, el Tribunal Federal Suizo realizó un análisis de novo y anuló el laudo[17]. En los Estados Unidos, bajo *Howsam*, se habría respetado la decisión de los árbitros.

Inclusive si las cortes coinciden en la caracterización de una pre-condición, el estándar de revisión que ellos aplican puede ser diferente. En *Canada c. S.D. Myers*[18], la Corte Federal de Canadá tuvo que determinar qué estándar de revisión aplicar a un asunto de jurisdicción. Específicamente, Canadá negó que S.D. Myers calificase como un "inversor" o que 'una inversión hubiese sido realizada por un inversor' bajo el tratado aplicable. La corte falló que, mientras un estándar de corrección (equivalente a la revisión *de novo* estadounidense) aplicaba a cuestiones de derecho, un estándar de razonabilidad aplicaba a cuestiones que involucraban derecho y hechos[19]. Este enfoque difiere de aquel utilizado por las cortes estadounidenses, las que solo aplican un estándar *de novo* para la revisión de asuntos jurisdiccionales, sin hacer distinciones entre cuestiones de derecho y hechos.

3. ¿Debe el arbitraje de inversión tener un tratamiento diferente del arbitraje comercial? De ser el caso ¿qué tan diferente?

Dado que *BG Group* es el primer arbitraje de inversión que llegó a la Corte Suprema, surge la duda sobre si la Corte Suprema debe simplemente extender *Howsam* sin limitaciones, o si debe modificar *Howsam* para tomar en consideración que este es un arbitraje bajo un tratado de inversión. Al respecto, el amicus curiae de los Estados Unidos se enfocó en hacer una distinción entre la revisión de los laudos arbitrales de inversión y la revisión de laudos arbitrales en el contexto de un arbitraje comercial privado. Estados Unidos argumentó que las presunciones locales, bajo *First*

17. *Transport – en Handelsmaatschappij ´Vekoma´B.Y. c. Maran Coal Corporation*, fallo del 17 de agosto 1995, Boletín ASA 1996, p. 673.
18. *Canada c. S.D. Myers Inc.* (2004) 3 F.C.R. 368, disponible aquí: http://reports.cmf-fja.gc.ca/eng/2004/2004fc38.html
19. Ibídem.

Options y Howsam, no resultan aplicables a un laudo arbitral de inversión, sugiriendo que la Corte debía siempre "revisar independientemente las decisiones arbitrales sobre objeciones basadas en la ausencia de un acuerdo arbitral válido, y otorgar deferencia a otras decisiones". Bajo esta regla, el estándar de revisión se enfocaría en la "naturaleza de la objeción" antes que en el intento de la Corte de adivinar la intención de las partes.

Durante los alegatos orales ante la Corte Suprema, diversos Jueces otorgaron muy poca atención a esta línea de argumentación, al no estar convencidos de que existiera alguna razón para dejar de lado el enfoque existente bajo *Howsam*. El *test* estadounidense propuesto, en efecto, tiene varios defectos, entre los que se cuenta que la propuesta busca desplazar el *test Howsam* sin ofrecer ningún criterio útil para trazar la línea entre cuestiones evidentes de admisibilidad y de jurisdicción. De hecho, esta propuesta tiene el mismo problema de circularidad del argumento de la Argentina basado en la ausencia de consentimiento. Adicionalmente, aceptar la propuesta estadounidense de tener una regla absoluta de revisión *de novo* basada en la forma en que el demandado caracterice su objeción es altamente indeseable por diversas razones de política, incluyendo que podrá permitir que Estados demandados abusivos hagan aun más cuestionamientos obstructivos y dilatorios luego que el laudo arbitral se emita.

A pesar de que la propuesta estadounidense resulte poco convincente, aún vale la pena formular la pregunta: ¿existen diferencias relevantes entre un arbitraje de inversion basado en un tratado y un arbitraje comercial privado y, de ser así, aquellas justifican una aproximación diferente o modificada? Los autores postulan que existen diferencias relevantes, aunque ellas no necesariamente apuntan hacia la misma dirección que el *amicus curiae* estadounidense. A mayor abundamiento, inclusive si dichas diferencias no influyen en el resultado de este caso, se sugiere que la Corte Suprema debería cuidarse de emitir pronunciamientos generales en el caso *BG Group* que puedan restar importancia a tales diferencias en casos futuros.

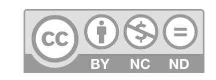
Primero, en arbitrajes bajo tratados de inversión, el acuerdo arbitral y sus términos siempre se encuentran en tratados de inversión que son analizados bajo el derecho internacional y, en particular, la Convención de Viena. En consecuencia, en arbitrajes de inversión, los árbitros son u-

sualmente elegidos por su experiencia particular en derecho de inversiones o derecho internacional, entre otras razones. En comparación con las cortes nacionales, los árbitros están normalmente mejor posicionados para decidir asuntos relativos a la naturaleza y cumplimiento de las precondiciones contenidas en el acuerdo arbitral. Por el contrario, el análisis de acuerdos arbitrales en arbitrajes comerciales privados esencialmente involucra la interpretación de contratos y la aplicación de principios contractuales bajo una ley nacional particular. Esta ley puede ser una ley extranjera, como la ley de Nueva York, tanto para las cortes como para los árbitros. Al lidiar con estos casos, los árbitros no necesariamente están mejor posicionados que las cortes para decidir cuestiones relativas a la naturaleza y cumplimiento de los términos del acuerdo arbitral. Asimismo, la Convención de Viena consagra una interpretación textualista de los tratados que difiere significativamente de la mayoría de reglas nacionales de interpretación contractual[20]. En un caso "Zona Gris", estas consideraciones pueden inclinar la balanza hacia el otorgamiento de deferencia a la decisión de los árbitros.

En segundo lugar, los tratados de inversión constituyen tipos especiales de acuerdos con características únicas que pueden influir en la óptima distribución de responsabilidades entre cortes y árbitros. Por ejemplo, los tratados de inversión son a menudo celebrados muchos años antes de una disputa[21]. Para la parte estatal, la prueba de su expresión de voluntad y su consentimiento al arbitraje será encontrada en el tratado mismo, el cual es considerado como una oferta unilateral para arbitrar ciertas disputas con cierta clase de personas. Es sólo cuando surge una controversia y un reclamo es presentado por un inversor que el acuerdo arbitral entre el Estado y el inversor se entiende celebrado. Bajo *Howsam,* las cortes americanas deben descifrar cuáles fueron las intenciones de las partes respecto a si son las cortes o los árbitros quienes tienen la responsabilidad primaria para decidir cuestiones vinculadas al consentimiento al arbitraje. Considerando

---

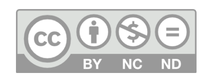
20. La jerarquía de fuentes consagrada en los artículos 31 al 33 de la Convención de Viena limita considerablemente la libertad para realizar una interpretación (del tratado) que no se base en la literalidad. Por el contrario, tanto las cortes nacionales como las estadounidenses han tendido a otorgar deferencia a interpretaciones subjetivas (fuera del texto) realizadas por organismos ejecutivos. Véase E. J. Criddle, "The Vienna Convention on the Law of Treaties in U.S. Treaty Interpretation", Virginia Journal of International Law, Vol. 44, No. 2, p. 435 (2004), disponible aquí: file:///C:/Users/LVelardeSaffer/Downloads/SSRN-id1004197.pdf. Véase también la discusión en *infra 16.*
21. Este también puede ser el caso de los contratos de larga duración, que pueden requerir un análisis caso por caso a fin de decidir si el argumento del transcurso del tiempo también aplica. En relación con estos contratos, sin embargo, el contraste hecho por los autores entre arbitraje de inversión y el arbitraje comercial, por las demás razones presentadas en esta sección, aún se mantiene.



que en un arbitraje inversor-estado éstos asuntos involucrarán la interpretación de obligaciones en tratados negociados y celebrados muchos años o inclusive décadas antes, sería razonable presumir que las partes quisieron que fueran los árbitros, más cercanos en el tiempo que las cortes de la sede del arbitraje, quienes decidan éstos asuntos[22]. Como se mencionó antes, que sean los árbitros (y no las cortes) quienes decidan tales asuntos implica un menor riesgo de error en la decisión. Por el contrario, el factor del transcurso del tiempo no es normalmente tan importante en los arbitrajes comerciales privados debido a que el acuerdo arbitral normalmente se celebra al mismo tiempo que el contrato que lo contiene. Adicionalmente, el plazo de prescripción bajo la ley nacional aplicable limita el espectro de tiempo que puede transcurrir.

Tercero, los tratados de inversión implican el consentimiento de un Estado para múltiples posibles arbitrajes antes que el consentimiento para un solo arbitraje, como es normalmente el caso de un arbitraje comercial privado. Considerando que la sede del arbitraje involucra normalmente un tercer Estado no relacionado con las partes del tratado, así como que muchos arbitrajes, involucrando múltiples sedes, pueden derivar de un único tratado de inversión, una regla que presuma -en un arbitraje de inversión- la intención de las partes de que sean los árbitros quienes decidan los asuntos de admisibilidad/competencia así como la interpretación de los términos del arbitraje parece razonable. Esto es especialmente así desde que el Tratado normalmente no hace ninguna referencia a las cortes de la sede del arbitraje. Como una cuestión de política, dejar decisiones a una multiplicidad de posibles cortes nacionales con ninguna conexión directa con la disputa, en oposición a los árbitros elegidos por las partes, es altamente indeseable toda vez que generaría incertidumbre e indeterminación, y comprometería la autonomía de las partes. Además, a diferencia de las cortes nacionales, quienes tienen sus propias preocupaciones de políticas públicas locales, los árbitros y expertos internacionales tienen mayores incentivos para generar consistencia en las decisiones respecto de tales asuntos. Estas consideraciones no surgen en el contexto de arbitrajes comerciales privados.

22. Mientras que la cercanía en el tiempo podría no afectar materialmente la interpretación de las cláusulas en el Tratado y la determinación de la voluntad de las partes, el factor tiempo es muy importante en relación con la determinación de las cuestiones fácticas, que pueden ser especialmente importantes al analizar el cumplimiento de precondiciones, o las justificaciones para su no cumplimiento.



Finalmente, en los arbitrajes de inversión, el consentimiento a un arbitraje inversor-Estado es el *quid-pro-quo* para que se realice la inversión bajo el tratado. Bajo el derecho internacional tradicional, antes de la proliferación de los tratados de inversión, los inversores no tenían mecanismos para presentar reclamos directos contra el Estado receptor de la inversión; en su lugar, aquellos dependían de mecanismos usualmente poco eficaces como la protección diplomática. Pero todo esto cambió radicalmente algunas décadas atrás con la proliferación de los tratados bilaterales de inversión y los tratados de libre comercio, una de cuyas protecciones principales (para los inversores) la constituye el consentimiento de los Estados al arbitraje, mediante el cual renuncian a su inmunidad soberana. Este consentimiento al arbitraje, sin duda, fue una de las condiciones críticas para el desarrollo de la inversión extranjera directa. Por el contrario, la importancia colocada en el acuerdo de arbitraje podría no ser tan evidente en el arbitraje comercial privado, al menos no en todos los casos. No obstante que, en principio, puede ser cierto que los acuerdos arbitrales tienen un impacto directo en los riesgos y retornos de los inversores, la capacidad de arbitrar disputas parece no ser un factor tan crítico en un contrato entre partes comerciales como lo sería en una situación de tratado de inversión.

4. ¿Un arbitraje bajo el Convenio CIADI sería diferente?

Debido a que el caso *BG Group* involucró la revisión de un laudo emitido en un arbitraje bajo las reglas de la CNUDMI por las cortes estadounidenses, un observador del arbitraje de inversión podría legítimamente preguntarse si la resolución del caso sería considerablemente distinta si el caso se hubiese regido por las Reglas de Arbitraje CIADI. CIADI es la institución más utilizada para los arbitrajes internacionales de inversión, y existen, de hecho, varias diferencias importantes entre los laudos CIADI y otros laudos arbitrales. Creemos que estas diferencias no habrían afectado la solución del caso *BG Group* porque, por las razones expuestas anteriormente, se debe otorgar deferencia a la interpretación de los árbitros de una cláusula que requiera litigación previa en un foro adjudicativo, aunque no vinculante, por un período de tiempo determinado. No obstante, a pesar de que el órgano revisor en un caso CIADI no habría llegado a una solución distinta que una Corte americana bajo este escenario fáctico, las diferencias en cuanto a la estructura y el estándar de revisión podrían marcar la diferencia en otros casos de “Zona Gris”.



Una vez que un laudo ha sido emitido, la estructura de revisión del laudo varía considerablemente bajo las Reglas del CIADI y bajo otras reglas arbitrales. En un arbitraje CIADI, una parte puede intentar anular un laudo arbitral sólo bajo las causales establecidas en el artículo 52 de la Convención de Washington[23]. Un comité ad hoc luego emite su decisión final sobre la anulación y, si la anulación no es concedida, el laudo es considerado vinculante para las partes conforme a los artículos 53 y 54 de la Convención de Washington[24]. Para un arbitraje bajo las reglas CNUDMI, por otro lado, la parte vencida puede intentar anular el laudo ante las cortes de la sede del arbitraje, con la posibilidad de múltiples apelaciones hasta la Corte Suprema local. Los casos "Zona Gris" pueden, en consecuencia, otorgar a diversas cortes nacionales (a diferentes niveles) la discreción de anular un laudo aplicando un estándar de revisión *de novo*. Si BG Group hubiese sido administrado por el CIADI, el proceso para impugnar el laudo arbitral habría sido más directo, y la parte vencida sólo hubiese tenido una oportunidad para intentar anular el laudo ante al comité de anulación.

Además, los laudos CIADI son ejecutados bajo la Convención de Washington, que obliga a los Estados parte a ejecutar las "obligaciones pecuniarias" impuestas por el laudo como si éstas fueran una decisión definitiva dictada por las cortes nacionales. La Convención de Washington restringe considerablemente la posibilidad de cuestionar la ejecución de un laudo CIADI ante las cortes nacionales[25], aunque algunos comentaristas (y países) han sugerido que dichos laudos no estan totalmente blindados[26]. No obstante ello, ningún laudo CIADI ha visto su ejecución cuestionada exitosamente

23. Convención de Washington, *infra 11*, Art. 52(1).
24. *Ibídem*, Arts. 53(1), 54(1).
25. El artículo 53 establece que los laudos "son vinculantes" y "no podrán ser sometidos a apelación o a cualquier otro recurso" excepto por aquellos establecidos en la Convención. *Ver, Maritime International Nominees Establishment (MINE) c. Republic of Guinea,* Caso CIADI No. ARB/84/4, Decisión del Comité *Ad Hoc* del 14 de diciembre de 1989, disponible aquí: https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC674_En&caseId=C136 (el Convenio CIADI excluye cualquier impugnación del laudo ante las cortes nacionales).
26. Entre las posibilidades, creativas, para cuestionar la ejecución de laudos CIADI se encuentra la aplicación de la normativa local para reabrir decisiones finales, como ocurre con la regla 60(b) de las *Federal Rules of Civil Procedure* en los Estados Unidos; y la revisión judicial basada en los conceptos de orden público y derecho constitucional local. Véase, Baldwin, Kantor y Nolan, "Limits to Enforcement of ICSID Awards", 23(1) Journal of International Arbitration 1 (2006), p. 6-10. Argentina ha expresamente argumentado, basándose en su Constitución, que los laudos CIADI deben guardar conformidad con sus principios de derecho público local y están sujetos a revisión judicial por sus Cortes locales. Véase, C. E. Alfaro y P. Lorenti, "Argentina vs. ICSID: Unconstitutionality of the BITs and ICSID Jurisdiction – the Potential New Government Defenses Against the Enforcement of the ICSID Arbitral Award", Mondaq (17 de mayo de 2005), disponible aquí: http://goo.gl/RdN3w4.

bajo ninguna de las causales sugeridas y, en cualquier caso, la Convención de Washington no contempla ninguna causal para impugnar la ejecución de un laudo. Por el contrario, laudos no-CIADI, incluyendo aquellos dictados bajo las reglas CNUDMI, son normalmente ejecutados bajo la Convención de Nueva York, la cual contempla causales claras en base a las cuales la ejecución de un laudo puede ser negada, incluyendo dos causales jurisdiccionales[27]. En consecuencia, laudos no-CIADI enfrentan la posibilidad de múltiples impugnaciones ante múltiples cortes nacionales con la discreción de revisar las determinaciones de los tribunales arbitrales sobre asuntos de competencia.

Adicionalmente, en casos difíciles de “Zona Gris” donde la línea entre jurisdicción y admisibilidad es menos clara, que una decisión sea dictada por un Comité Ad Hoc CIADI y no por jueces puede marcar la diferencia. Como las estadísticas del CIADI demuestran, sólo 1 de 18 solicitudes basadas en cuestionamientos de exceso de competencia resultó en la anulación total del laudo[28]. Por otro lado, en arbitrajes no sometidos a CIADI, las impugnaciones del laudo están sujetas a las particularidades de las leyes locales de la sede y a la idiosincrasia de los jueces nacionales, quienes pueden considerar, por ejemplo, sus políticas públicas locales. Sin embargo, esta diferencia posiblemente sea menos relevante en jurisdicciones pro-arbitraje, especialmente considerando las recientes tendencias para la armonización de las leyes arbitrales. En el caso *BG Group,* por ejemplo, las herramientas analíticas derivadas de la jurisprudencia de la Corte Suprema americana le permitirían alcanzar un resultado no diferente de aquél al que llegaría un Comité *Ad Hoc* de Anulación CIADI.

Lo que termina haciendo que CIADI sea un foro mas final y definitivo para el arbitraje es su estándar de revisión. Respecto de cuestionamientos de competencia, el artículo 52 de la Convención de Washington requiere prueba de un “manifiesto exceso de poder” a fin de anular un laudo[29]. Por el contrario, la Ley Federal de Arbitraje de los Estados Unidos sólo requiere prueba de que los árbitros “excedieron sus poderes” a fin de anular un laudo[30]. A primera impresión, es menos complicado anular un laudo bajo las

27. Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras dictada el 10 de junio de1958, Articulos V(1)(a) y V(1)(c).
28. U.S. Federal Arbitration Act, 9 U.S Code 10 (a) (4) (2000).
29. Convención de Washington, *infra* nota 11, Art. 52(1)(b).
30. U.S. Federal Arbitration Act, 9 U.S. Code 10 (a) (4) (2000).

reglas de CNUDMI ante las cortes americanas que bajo las reglas del CIADI, no obstante lo cual algunas recientes decisiones de anulación CIADI han tornado borrosa la línea entre la revisión limitada de competencia contemplada en la Convención de Washington y la revisión judicial total para los "errores de derecho", creando dudas acerca de cuál es el estándar de revisión adecuado en el procedimiento de anulación[31]. Queda pendiente ver, sin embargo, cómo otros comités de anulación responderán a estas recientes decisiones, que han sido objeto de muchas críticas. Finalmente, en un caso "Zona Gris" como el presente, la carga de probar que cualquier falta de competencia de los árbitros deba ser "manifiesta" haría que los cuestionamientos post-laudo basados en defectos de consentimiento tengan más dificultades para prosperar. Estos casos difíciles subrayan la importancia que tiene elegir la institución que administrará el procedimiento.

31. *Sempra Energy International c. Argentine Republic, Caso CIADI No. ARB/02/16; Enron Creditos REcovery Cor. & Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, Caso CIADI No. ARB/01/3.*



Reconciliando el principio *Kompetenz-Kompetenz* con la autoridad supervisora de las cortes nacionales

Análisis bajo la Ley Modelo CNUDMI

*Alegría Jijón Andrade**

1. La difícil relación entre las cortes nacionales y los tribunales arbitrales: ¿Quién decide acerca de la competencia del tribunal?

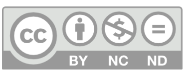
1.1. El papel de las cortes para determinar la jurisdicción arbitral: Necesidad de supervisión

"En ningún sistema legal la determinación de la jurisdicción por un árbitro debe estar más allá del alcance de su revisión por una corte"[1].

---

*Asociada Pérez Bustamante & Ponce. LL.M Global Business Law por la Universidad de Nueva York, LL.M. en Derecho Internacional Comparado por la Universas de Singapur Licenciada en Derecho por la Universidad de Navarra, Investigadora académica invitada por la Universidad de Harvard en la Escuela de Derecho, admitida al Colegio de Abogados del Estado de Nueva York, abogada por la Universidad de los Hemisferios.

1. A. Scott Rau, *"The Arbitrability Question Itself"*, 10 AM. REV. INTL. ARB. 287 (1999).



Las cortes nacionales son el foro natural para resolver los desacuerdos de sus ciudadanos. Su jurisdicción siempre está presente como norma por defecto. Sin embargo, las partes del conflicto pueden optar por prescindir de este foro natural y, mediante un acuerdo, someterlo a personas privadas, árbitros. Un reconocido aspecto de la intervención de las cortes en procesos arbitrales es la determinación de la jurisdicción arbitral, puesto que los árbitros, a falta de un convenio compromisorio, originalmente carecerían de jurisdicción para conocer un desacuerdo. Según William Parker, "un supuesto árbitro no es más que un voluntario atrevido"[2]. Dejar la decisión sobre su propia jurisdicción únicamente a los mismos árbitros conduciría a una circularidad inaceptable y dejaría a las partes susceptibles a la merced de los árbitros.

1.2. El problema de la circularidad

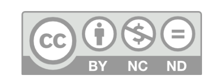
El problema de la circularidad es la consecuencia lógica de permitir que los –supuestos– árbitros determinen la validez de la misma cláusula que les otorga jurisdicción. Si analizamos el proceso minuciosamente, se estructura de la siguiente manera:

a) La jurisdicción de los árbitros proviene del consentimiento de las partes;
b) A falta de consentimiento, los árbitros carecen de todo poder para intervenir;
c) Para que exista consentimiento, el convenio compromisorio debe ser válido;
d) Los árbitros decidirán si el convenio compromisorio es válido.

Por lo tanto, si el convenio compromisorio no es válido, ¿cómo pueden quienes no son árbitros decidir en primer lugar acerca de su validez? El Profesor Parker ha ejemplificado muy claramente el dilema:

A falta de alguna autoridad otorgada por la persona que está obligada por el laudo, "esos oficiosos entrometidos que han dado su opinión sobre el asunto no son más árbitros que cualquiera de los miles de hombres y mujeres que transitan por la Estación Central del Ferrocarril de Nueva York cada mañana"[3].

2. W. Parker, *Determining Arbitral Jurisdiction: Allocation of Tasks between Courts and Arbitrators,* 8 AM Rev. INLT. ARB. 144 (1997).
3. W. Park, ver la anterior nota 3, 134.



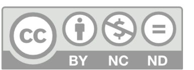
Por lo tanto, cuando se presenta el dilema ante una corte nacional acerca de si el convenio compromisorio es válido, esa corte no puede permitir que los árbitros –quienes hasta podrían no ser árbitros– tengan por sí solos la última palabra acerca del asunto. Además, como lo expresó la Séptima Corte de Distrito de los Estados Unidos en el caso Sphere Drake Ins. Ltd. v. All American Ins. Co.: "Las cortes tienen jurisdicción para determinar su competencia no solamente por necesidad (de otro modo ¿cómo podrían resolverse los desacuerdos jurisdiccionales?), sino también debido a que su autoridad depende de las leyes en vez de depender del permiso de las partes. Los árbitros no tienen una autoridad comparable para determinar su propia autoridad debido a que existe una alternativa no circular (la judicial), y porque las partes sí controlan la existencia y los límites de las facultades de los árbitros"[4].

1.3. El problema del prejuicio de los árbitros

Aún si se resuelve el problema de la circularidad –ya veremos cómo la doctrina alemana de *Kompetenz-Kompetez*, al menos en un cierto nivel, lo resuelve– el segundo argumento que apoya la intervención de las cortes acerca de la existencia de un acuerdo arbitral es el problema del prejuicio de los árbitros. Algunos comentaristas han argumentado que los árbitros están más inclinados que los jueces en favor del arbitraje ya que, al contrario de los jueces que tienen sueldos fijos, los árbitros se benefician personalmente al aceptar la jurisdicción en un determinado caso[5].

Cito aquí la disconformidad del Juez Lumbard acerca de la sentencia de la Segunda Corte de Circuito en el caso Ottley v. Sheepshead Nursing Home: "No puedo comprender el proceso de razonamiento según el cual cualquier corte puede dejar a la libre discreción de un árbitro la determinación de si existe deber alguno para arbitrar. Me siento aún más perplejo cuando una corte puede permitir que tan incontrolado poder lo ejerza la misma persona que se beneficiará al decidir que sobrevive una obligación para arbitrar, asegurando así su propio negocio"[6].

4. R. Smith, *Separability and Competence-Competence in International Arbitration. Ex Nihilo Fit? or Can Something Indeed come from Nothing?"*, 13 AM.REV. Intl. ARB. 19.
5. 51 Rutgers L. Rev. 408.
6. R. Smit, ver la anterior nota 12, 27.



2. El papel de los tribunales en la determinación de su propia jurisdicción

2.1. La doctrina de *Kompetenz-Kompetenz*

La doctrina de *Kompetenz-Kompetenz* es un principio alemán que proporciona una solución abstracta a la circularidad. *Kompetenz-Kompetenz* significa literalmente competencia para determinar la competencia. Como hemos visto, el artículo 16[7] de la Ley Modelo ha incorporado esta doctrina. Sin embargo, el significado exacto de la doctrina está lejos de ser claro[8] y diferentes jurisdicciones han adoptado versiones más o menos estrictas de ella.

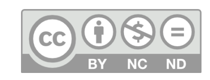
Existe una multitud de razones acerca de por qué *Kompetenz-Kompetenz* es necesario en el contexto del arbitraje internacional. Trataré de clasificar esas razones dentro de dos amplias categorías: razones teóricas y ventajas prácticas. Las razones teóricas se pueden resumir en dos aspectos:

i) La intención implícita de las partes de que todos y cualesquiera desacuerdos que surjan de un contrato serán sometidos a arbitraje, incluyendo la cuestión misma de la arbitrabilidad[9]; y ii) el poder de revisar la jurisdicción propia es "inherente en todos los entes judiciales y es esencial para su capacidad de funcionar"[10].

Las razones prácticas para *Kompetenz-Kompetenz* son, entre otras, las siguientes: evitar prácticas dilatorias, aliviar la carga de las cortes nacionales, y la ventaja de la experiencia de los árbitros en comparación con la mayoría de las cortes locales que no están familiarizadas con el arbitraje internacional[11].

---

7. Ver la anterior nota 6
8. W. Park, *The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction*, 13 ICCA *Congress Series 55*, 58 (2006).
9. R. Smit, ver la anterior nota 12, 26.
10. J. A. Rosen, *"Arbitration under Private International Law: The Doctrines of Separability and Competence de la Competence"*, 17 Fordham Int'l LJ. 599, 608 (1994).
11. S. Greenberg, C. Kee y J. Romesh Weeramanty, *"International Commercial Arbitration"*, 1ª Edición. Cambridge University Press, 2011, 228.



2.2. Diferentes grados de *Kompetenz-Kompetenz*

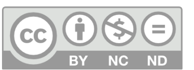
Kompetenz-Kompetenz puede tener al menos tres formas para su aplicación[12], i) La forma más fuerte de la doctrina implicaría que una corte nacional no podría revisar la determinación de jurisdicción por el tribunal arbitral[13]; ii) la forma intermedia delimita tiempos específicos en los que la corte puede revisar la decisión arbitral; y iii) la versión más débil simplemente significa que los tribunales pueden conocer impugnaciones a su jurisdicción, sin necesidad de suspender el proceso cuando se presenta la impugnación[14].

La Ley Modelo UNCITRAL, como la mayoría de las jurisdicciones, ha adoptado la segunda forma de la doctrina. Estipula que los árbitros tienen competencia para decidir acerca de su propia jurisdicción, pero, como veremos en detalle más adelante, contempla la revisión judicial del asunto en varias instancias. No obstante, es muy importante anotar que, aún sin ser absoluta, la Ley Modelo expresamente reconoce el principio y, por ello, en los países que han aplicado el artículo 16, *Kompetenz-Kompetenz* es hoy obligación legal.

2.3. Adopción del *Kompetenz-Kompetenz* en el Ecuador

La Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador (LAM) promulgada en año 2006, se basa ampliamente en la Ley Modelo CNUDMI, si bien no es una transposición directa de la misma, como sucede en varios países. La LAM establece en su artículo 8 que si se presenta una demanda en una corte ecuatoriana, y el demandado alega que existe cláusula arbitral, la corte debe abrir un periodo de prueba para probar la existencia del acuerdo. Probada la existencia del acuerdo debería inhibirse para que los árbitros conozcan la controversia y determinen su propia jurisdicción[15].

12. W. Park, ver la anterior nota 3, 138.
13. S. Walt, 51 Rutgers L. Rev. 369, 376.
14. R. Smit, ver la anterior nota 12, 25.
15. Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador, Art. 8.- *Las partes pueden de mutuo acuerdo renunciar por escrito al convenio arbitral que hayan celebrado, en cuyo caso cualesquiera de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente. Se entenderá, sin embargo, que tal renuncia existe cuando presentada por cualquiera de ellas una demanda ante un órgano judicial, el demandado no opone, al contestar la demanda, la excepción de existencia del convenio arbitral. En el evento de haber sido propuesta esta excepción, el órgano judicial respectivo deberá sustanciarla y resolverla, corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones dentro de los tres días subsiguientes a la fecha en que se haya notificado el traslado. Aceptada la excepción*



No es claro que nivel gradación del *Kompetenz-Kompetenz* reconoce la LAM, pero parecería que acepta la versión estricta, o por lo menos intermedia del mismo. En principio los jueces nacionales, según el mencionado artículo 8 de la LAM, solo revisarán la cláusula arbitral para determinar la existencia del acuerdo arbitral. No podrían, teóricamente, discutir la validez o alcance de la cláusula. El tema no es pacífico, pero parecería que la corte debería limitarse a ver que esté la cláusula escrita que exige la LAM. Ahora bien, se trata de un tema complejo por lo que ameritaría un análisis más extenso.

3. ¿Cómo podemos reconciliar ambos papeles? El enfoque de la Ley Modelo

Tal como hemos visto, la Ley Modelo CNUDMI reconoce: i) el papel legítimo de las cortes para determinar[16] o revisar[17] la jurisdicción de los árbitros; y ii) el derecho de los tribunales de tratar sobre su propia competencia[18]. Sin embargo, la jurisdicción de cada institución, las cortes por un lado y los árbitros por el otro, proviene de fuentes diferentes.

La jurisdicción de las cortes nacionales es sustantiva. La jurisdicción de los árbitros, por otro lado, no es sustantiva –como ya vimos, su razonamiento realmente es circular– pero sí es legal. Es mediante la transposición del artículo 16 dentro de la legislación nacional que la ficción legal de *Kompetenz-Kompetenz* ha mutado de una doctrina articulada debido a necesidades prácticas, que puede ser seguida o ignorada, a un mandato legal que, a pesar de su carácter ficcional, otorga a los árbitros el poder de dictaminar acerca de su propia jurisdicción.

La coexistencia de la jurisdicción de cortes y árbitros para conocer acerca de la jurisdicción de estos últimos funciona, por diferentes niveles. La competencia de los árbitros nace de una norma positiva, podemos decir que se encuentra en un nivel superficial y podría ser ejercida antes de plantear la cuestión en las cortes. Por otro lado, la jurisdicción de las cortes nacionales parece más sustantiva y profunda, la cual podría ejercerse incluso después de que se haya impugnado la primera decisión de los árbitros[19].

deberá ordenarse el archivo de la causa, en caso contrario, ejecutoriado el auto dictado por el juez, se sustanciará el proceso según las reglas generales.

16. Según artículo 8.
17. Según artículo 16.3.
18. Según artículo 16.1.
19. Esta impugnación está configurada en el artículo 16.2 de la Ley Modelo.

En la práctica, sin embargo, esto no siempre sucede. Por ejemplo, el artículo 8 de la Ley Modelo considera circunstancias en las que los litigantes primero han acudido a la corte y una de la partes menciona la existencia de una cláusula compromisoria. En tales casos, la corte, antes de ordenar la suspensión del proceso, debe determinar la validez del acuerdo arbitral en forma que estaría usurpando el derecho legal de los tribunales de conocer acerca de su propia jurisdicción[20]. La cuestión planteada por muchos estudiosos es si esta revisión inicial por la corte ¿será un examen con plena fuerza acerca de la validez del convenio arbitral, o será sencillamente una revisión en *prima facie*?

3.1. Examen con plena fuerza

Algunos estudiosos y cortes han comprendido al artículo 8 en el sentido de que faculta –no exige– a la corte de la sede del arbitraje que llegue a una decisión final respecto de la jurisdicción del tribunal[21]. Se ha dicho que las razones para este enfoque son eficiencia y congruencia[22]. Puesto que la misma corte, al momento de ejecutar, tendrá la última palabra sobre la jurisdicción de los árbitros, algunos consideran deseable que la corte decida de una vez por todas acerca de la existencia del convenio compromisorio frente a la cuestión de la jurisdicción.

Su argumento más fuerte es evitar el indeseable siguiente escenario: una corte decide acerca de la suspensión del proceso en favor del arbitraje considerando que los árbitros tienen jurisdicción. Las partes pasan por todo el proceso arbitral –con el tiempo y los recursos que ello implica– y a la final la parte perdedora podría regresar a la corte inicial alegando que los árbitros no tenían jurisdicción. Entonces, si la primera determinación no fue definitiva –teóricamente la corte podría cambiar de opinión y declarar, luego de una segunda revisión–, que el convenio es inválido, pronunciándose al contrario de su decisión anterior. Esta situación ocasionaría la pérdida de considerables recursos y tiempo de las partes, así como resultaría en evidente incongruencia en las decisiones judiciales.

20. S. Greenberg et al, ver la anterior nota 19, 219.
21. Corte Suprema de India, SBP & Co. *versus* Patel Engineering Ltd., 2005, 8 SCC 618.
22. S. Greenberg et al, ver la anterior nota 19, 228.



3.2. Revisión *prima facie* de la invalidez

Esta posición ha sido adoptada por la mayoría de los países de la región Asia Pacífico[23] y ha sido especialmente bien expresada por las cortes de Hong Kong[24]. La idea es que siempre y cuando la corte esté satisfecha y considere que la cláusula compromisoria es válida, debe dejar el resto para el arbitraje[25].

También existen ventajas prácticas en la revisión en *prima facie*, tales como el evitar prácticas dilatorias y ahorrar los fondos de las cortes al dejar que sean los árbitros –quienes teóricamente tienen más experiencia en el asunto– los que enfrenten la tarea primaria de resolver la cuestión de la arbitrabilidad.

De hecho, considero que esta es realmente la única opción viable debido a tres factores:

(i) Fácilmente se puede suponer que la intención de las partes –muchas veces de diferentes nacionalidades– es someter *todas* sus diferencias a un foro neutral, evitando así las ventajas que dan las cortes propias de cada país[26].

El arbitraje es la forma primaria –no es una alternativa– para la solución de desacuerdos en el comercio internacional, y las partes de las transacciones internacionales generalmente esperan –y es ésa su intención– que todas y cualesquiera diferencias suyas se resuelvan en un foro arbitral neutral en vez que en las cortes nacionales de una de las partes contratantes[27].

ii) Es la única manera de respetar la *obligación legal* de *Kompetenz-Kompetenz* al dejar que sean los árbitros quienes decidan acerca de su propia jurisdicción.

23. Ibídem, 218.
24. Ver *PCCW Global Ltd. versus Interactive Communications Service Ltd.* (2007).
25. R. Smit, ver la anterior nota 12: *"Esta determinación de niveles sería semejante al "examen sommaire" que aplican las cortes suizas, o a la determinación en prima facie efectuada por la Cámara de Comercio Internacional según el artículo 6(2) de las reglas de la CCI en que un acuerdo arbitral "podría existir" antes de referir el caso, incluyendo impugnaciones sobre jurisdicción, a los árbitros para su decisión."*
26. R. Smit, ver la anterior nota 12,26.
27. Ibídem, 30.

iii) Si en este punto la decisión de las cortes fuera vinculante, crearía el efecto de *res iudicata* y, como veremos en la siguiente sección, obligaría al árbitro a acatar hasta una determinación positiva de la corte respecto de la jurisdicción de los árbitros. Este resultado sería inaceptable.

3.3. ¿La decisión de la corte obliga al tribunal?

3.4. Pronunciamiento negativo: El tribunal no tiene jurisdicción

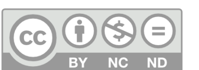
Cuando una corte encuentra que un acuerdo arbitral es inválido o inexistente, emitirá un pronunciamiento negativo. Mediante ese pronunciamiento negativo la corte declara que los árbitros carecen de jurisdicción y continuará considerando la controversia que se le ha presentado. Evidentemente, el tribunal podría decidir ignorar el pronunciamiento y continuar el proceso. Sin embargo, si la corte en el lugar del arbitraje ya hubiera determinado que el tribunal carece de jurisdicción, esa misma corte, casi con seguridad, denegaría la ejecución del laudo y aún podría determinar que las partes o los árbitros se encuentran en desacato. Mi opinión es que los árbitros deben esforzarse por respetar la decisión de la corte en vez de arriesgar las consecuencias de ignorarla.

3.5. Pronunciamiento positivo: El tribunal sí tiene jurisdicción

Por otro lado, cuando una corte determina que un acuerdo de arbitraje es válido, surge una cuestión más interesante: ¿están los árbitros obligados por la decisión de una corte sobre su propia jurisdicción?

La respuesta a esta pregunta depende de la respuesta a la pregunta anterior.[28] Si la revisión de la corte según el artículo 8 es entendida como un examen con plena fuerza acerca de la jurisdicción, entonces se deduce que los árbitros podrían estar obligados por ella. Cuando una corte determina *definitivamente* acerca de un asunto legal, ese asunto legal tiene el efecto de *res iudicata* aplicable *erga omnes.*

28. ¿Debe esta revisión inicial de la corte ser un examen completo y con plena fuerza respecto de la validez, o simplemente un caso en *prima facie*?



No obstante, este efecto de *res iudicata* conduciría a la absurda conclusión de que, una vez que la corte determine que el acuerdo es válido, los árbitros estarían obligados a conocer el asunto. ¿Qué pasaría si, después de la decisión de la corte, los árbitros consideran cuando se les presenta el asunto, que el acuerdo no es válido o que está más allá de sus facultades?

Por otro lado, si se entiende que, en *prima facie*, la decisión de la corte fue meramente un caso de invalidez o no a primera vista, el tribunal quedaría en libertad de declinar o aceptar su jurisdicción de *novo*. Lo contrario anularía la obligación legal de *Kompetenz-Kompetenz* y no respetaría la autonomía del arbitraje.

4. Conclusión

Tanto las cortes como los árbitros gozan de jurisdicción para determinar su competencia. Sin embargo, la naturaleza de su jurisdicción es diferente, y diferente también debe ser el tiempo en que decidan acerca del asunto. La jurisdicción de los árbitros para decidir acerca de su competencia es solamente legal y superficial, por lo tanto, ellos tienen solamente la primera palabra. Por otro lado, las cortes tienen jurisdicción substantiva y por ende, tienen la última palabra. No obstante, en caso de que a una corte se le presente la cuestión de la existencia de un acuerdo arbitral antes de llegar al tribunal, debería determinar la validez del acuerdo únicamente prima facie. Consecuentemente, esta decisión en prima facie no debería obligar a los árbitros a asumir competencia en el asunto si consideran que no la tienen.

Corrupción, orden público y Convención de Nueva York: su aplicación en el Arbitraje Comercial Internacional

*Javier Jaramillo Troya**

* Asociado en Perez Bustamante & Ponce Abogados, Profesor en la Universidad San Francisco de Quito, Abogado por la Universidad San Francisco de Quito, Especialista Superior en MASC por la Universidad Andina Simón Bolívar y Máster en Derecho por la Universidad de Harvard.



1. Introducción

El arbitraje, como método alternativo de solución de controversias, ha sido utilizado para solventar las disputas de tipo comercial desde hace muchos años, y, en la actualidad, la mayoría de litigios suscitados en el comercio internacional son dirimidos por la vía arbitral en desmedro de la justicia ordinaria de los Estados, razón por la cual se ha considerado que el arbitraje existe desde el amanecer de los conflictos comerciales en el plano internacional[1]. En este sentido, la doctrina contemporánea considera que el árbitro se ha convertido en el juez natural del comercio internacional[2].

Sin embargo, a la par del crecimiento del arbitraje como método alternativo de resolución de disputas en el ámbito comercial internacional, se ha dado, como un secreto a voces, el crecimiento del fenómeno de la corrupción como un ingrediente constante en las transacciones transfronterizas entre comerciantes. Esto se debe, en gran medida, a la constante competencia existente entre empresas multinacionales que, en repetidas ocasiones, han recurrido al soborno o al tráfico de influencias para conseguir la adjudicación de contratos con diversos Estados. Inclusive, en muchos de los casos han procedido a firmar contratos de intermediación con el objeto de que un agente gubernamental les asegure el éxito en la asignación del contrato principal, teniendo como contraprestación el pago de una determinada cantidad de dinero o la concesión de un porcentaje de las ganancias que dicho contrato genere[3].

Evidentemente, por la irregularidad de este tipo de actos jurídicos que, por razones de conveniencia o supuesta eficiencia han incluido convenios arbitrales, se han suscitado controversias entre las partes. Estas controversias se han referido especialmente a la falta de cumplimiento de las obligaciones contractuales –normalmente la del pago de la suma por los servicios de intermediación– al momento de la conclusión del objeto del contrato; razón por la cual han sido sometidas a arbitraje con el fin de que un tribunal reconozca dicho derecho y ordene el cumplimiento obligacional de la parte morosa.

1. *Cfr.* L. Musthill, *Arbitration: History and Background*, 6 Journal of International Arbitration (1989) p. 43.
2. *Cfr*. F. Mantilla Espinoza, *El Árbitro y la Lucha Contra la Corrupción en el Comercio Internacional*, p.1.
3. Ibídem, p. 1.

Es justamente en este escenario en el que se enfoca el objeto de la presente monografía. Este trabajo pretende dilucidar los aspectos principales de la corrupción como fenómeno integrante del comercio internacional, especialmente cuando surgen controversias respecto de este tipo de transacciones irregulares.

Para ello, la presente monografía será dividida en dos partes principales. La primera de ellas tratará sobre la corrupción como fenómeno en el comercio internacional, destacando sus particularidades y los esfuerzos internacionales que se han desencadenado para consolidar la lucha en su contra. En el mismo sentido, se analizará cómo la corrupción se consolida en una violación al orden público interno, internacional y transnacional de los Estados y al principio *bonos mores*; denotando las diferencias entre estos términos y se revisará la actitud que han tomado los distintos tribunales arbitrales frente a controversias que incluyen actos de corrupción.

El segundo capítulo del presente trabajo estudiará de manera concreta el escenario de los conflictos que incluyen actos de corrupción sometidos a arbitraje. En este sentido, comenzará por estudiar el deber de los árbitros frente a los conflictos que son sometidos a su resolución.

Posteriormente, recogerá las principales ideas y argumentos que ha desarrollado la doctrina y la jurisprudencia en el arbitraje internacional respecto a la competencia o jurisdicción de los tribunales arbitrales para juzgar el fondo de las controversias en las que se ven inmersos actos de corrupción. Para ello, este trabajo se enfocará en la arbitrabilidad objetiva de la materia, así como también en los principios que rigen al arbitraje en materia de controversias internacionales.

Después de analizar el ámbito jurisdiccional de este tipo de controversias sometidas al arbitraje, se estudiará el ámbito sustantivo. Sobre esta base, la presente monografía esbozará las conclusiones en relación con la actitud y el razonamiento jurídico que deben tomar en cuenta los árbitros al proferir su laudo de fondo. Para ello, se tomará en cuenta las obligaciones del árbitro de acuerdo con su función de tercero imparcial, las establecidas mediante el contrato de *receptum arbitrii* y los límites establecidos en la cláusula arbitral que rigen su conducta en el proceso.

Posteriormente, se analizará cuál debe ser el rol que debe tomar el tribunal arbitral frente a estos casos, para concluir, sobre la base de las consecuencias jurídicas de cada uno, si ésta debe ser activa o pasiva.

Por último, y con el fin de desarrollar un estudio más completo de aquello que ha sido propuesto como tema de la presente monografía, se analizarán los fenómenos que pueden suscitarse en la ejecución de laudos que deciden controversias que incluyen actos de corrupción. Para ello, se analizarán especialmente las causales de denegación establecidas en el Art. V.2. (a) y (b) de la Convención de Nueva York de 1958[4], referentes a la arbitrabilidad de la materia y el orden público respectivamente.

Por último, este trabajo esbozará las conclusiones respecto de la materia estudiada en su contenido.

2. Corrupción, orden público internacional y *bonos mores* en el comercio internacional

2.1. Corrupción en el comercio internacional

Como hemos adelantado en la introducción a esta monografía, la corrupción como fenómeno jurídico no ha hecho excepción y actualmente ataca a las transacciones comerciales transfronterizas. Por ello, se ha vuelto un fenómeno a ser combatido por la normativa local de la mayoría de países y la normativa internacional propuesta a través de diferentes tratados internacionales.

La corrupción no ha sido definida de una manera determinante. Aparentemente, se trata de un término tan ambiguo que, de cierta manera, tanto doctrinarios como árbitros dan por sentado que todo lector o parte en un juicio, la entiende como un fenómeno grave, sin importar que exista un acercamiento conceptual al mismo.

4. Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, en adelante referida como Convención de Nueva York.

Si bien existe un consenso internacional en repudiar a la corrupción y considerarla contraria a cualquier principio jurídico[5], no existe un consenso sobre qué actos en específico deben ser condenados como actos de corrupción, sean estos por ejemplo: pago de coimas, tráfico de influencias, cabildeo, entre otros.

Un ejemplo de aquello es lo suscitado en el caso *Hilmarton c. OTV*[6], en el cual el tribunal arbitral, tuvo que dirimir si la ley aplicable era la suiza, por ser aquella escogida por las partes en el contrato o la argelina, por ser aquella del lugar en donde el contrato surtía sus efectos con base en el principio *lex loci solutiones*. En este sentido, el Tribunal analizó que, por un lado, bajo la ley suiza un contrato que tenía como objeto el tráfico de influencias, no era ilegal, al no ser éste considerado como acto de corrupción. Contrariamente, al analizar la ley de Argelia, estableció que dicha actividad estaba prohibida y por lo mismo, un contrato cuyo objeto era el tráfico de influencias era nulo por la ilicitud en su objeto.

Sin embargo y para aclarar este oscuro camino, se han desarrollado iniciativas internacionales en la materia. La más influyente en el Derecho internacional ha sido la Convención de la OCDE[7] de Lucha Contra la Corrupción del 17 de diciembre de 1997. Dicho cuerpo normativo, define a la corrupción de agentes públicos extranjeros como:

> [el] hecho de que una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase, directamente o mediante intermediarios, a un agente público extranjero para ese agente o para un tercero, con el fin de que el agente actúe o se abstenga de actuar en relación con el ejercicio de funciones oficiales con el fin de conseguir o de conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales.

Así mismo, la ONG Transparencia Internacional define a la corrupción como aquel acto mediante el cual se induce a un tercero, para que me-

5. *Cfr.* A. Redfern; M. Hunter; N. Blackaby y C. Partasides, *Redfern and Hunter on international commercial arbitration,* Oxford University Press, 2009, p.131.
6. *Cfr.* Y. Derains, *Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995*, Kluwer Law International, p. 247.
7. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, referida en adelante como OCDE.



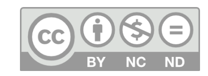
diante un pago secreto, abuse de su posición para beneficiar a aquella persona que efectuó dicho pago[8]. En este sentido, como bien señala Hahn, en los casos de corrupción en el comercio internacional, casi siempre intervienen dos contratos ilegales, el primero mediante el cual una empresa contrata con un intermediario para que mediante el tráfico de influencias o coimas logre la adjudicación de un contrato en su beneficio, y el segundo, que se da en el supuesto de que efectivamente se adjudique el contrato a la empresa, en cuyo caso este acto jurídico estaría viciado también de ilegalidad por el acto de corrupción que concurrió en su etapa precontractual o de negociación[9].

Pese a la dificultad constante al intentar definir la corrupción, para efectos del presente trabajo, debemos señalar que existe unanimidad en la comunidad internacional respecto del repudio a la corrupción en el comercio internacional.

Esta situación la podemos palpar tomando en cuenta las diferentes iniciativas internacionales que se han creado en aras de la lucha contra este fenómeno que aqueja a las transacciones transfronterizas. A manera de ejemplos podemos ver: el *Foreign Corrupt Practices Act* adoptado por los Estados Unidos el 19 de diciembre de1977, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003, la Convención Interamericana contra la Corrupción celebrada en Caracas en 1996 en el marco de la Organización de Estados Americanos y la ya mencionada Convención de la OCDE de Lucha Contra la Corrupción del 17 de diciembre de 1997.

Esta constante lucha contra la corrupción ha llevado a que la mayoría de países lleguen a considerarla como un fenómeno atentatorio contra el orden público interno, internacional y verdaderamente internacional[10]. Sobre este punto trata el siguiente acápite de este capítulo, en el cual se estudiará el orden público nacional, internacional y verdaderamente internacional, y su relación con la corrupción en el comercio internacional.

8. *Cfr.* A. Hahn, *Bribery and corruption before Swiss arbitral tribunals*, Baker Mckenzie.
9. Ibídem.
10. *Cfr. supra* nota 4, pp.131-132.



2.2. Orden público nacional, internacional y realmente internacional

En este acápite abordaremos al orden público en sus diferentes expresiones. Así, definiremos sus diferencias particulares y, en específico, las conectaremos con el tema de esta monografía, para así dilucidar la importancia que tiene respecto de la corrupción en el comercio internacional y su relación con el arbitraje internacional. Esta distinción tendrá especial importancia para entender el rol que deben jugar los árbitros internacionales en la resolución de las controversias que son sometidas a su autoridad mediante laudo, así como también, las particularidades del mismo en relación con el reconocimiento y ejecución de dichas decisiones proferidas.

2.2.1. El orden público nacional

El orden público nacional o interno ha sido definido por la doctrina como aquel concepto e institución jurídica creada por el Estado y la administración para limitar los derechos de los particulares mediante los instrumentos y monopolio de poder estatal[11].

Para Lalive, el orden público de un Estado, es una serie de reglas o principios relativos a una variedad de dominios, con una intensidad variable, que forman o expresan una especie de "núcleo duro" de los valores jurídicos y morales[12].

En este sentido, es claro que el concepto de orden público interno es una institución creada por el Estado para auto proteger sus instituciones y los valores jurídicos que considera de notable importancia para el desarrollo de la vida social de sus pobladores. De esta manera, mediante el ordenamiento jurídico, un país crea ciertas limitaciones a la autonomía de la voluntad de los privados, para que se encaminen y encajen dentro del modelo de Estado que la administración ha diseñado como tal. En este sentido, mediante el monopolio del poder y el uso de la fuerza, una nación coarta ciertas libertades de los individuos para proteger un interés mayor, en busca de la paz social de sus pobladores.

11. *Cfr.* A. Mezgravis, *Orden Público Sustantivo, el Orden Público Procesal y la Arbitrabilidad Como Causales de Denegación del Laudo: Especial Referencia a Venezuela y Otros Países de América Latina.*
12. Cfr. P. Lalive, "Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration" en P. Sanders, (Dir.), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration,* ICCA Congress Series no. 3, Kluwer Law and Taxation Publishers, The Hague: 1986, p. 264.



2.2.2. El orden público internacional

Para Van den Berg el orden público internacional se refiere al concepto subjetivo de un Estado en particular de aquello que todas las naciones civilizadas consideran que el orden público debería ser[13].

En este sentido, doctrinarios han criticado esta conceptualización, aludiendo a que el carácter de "internacional" es únicamente un adjetivo inútil, dado que lo consideran como una ampliación pura y simple del orden publico interno, con la única particularidad respecto de una visión a la luz del Derecho internacional privado[14].

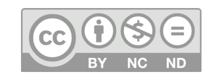
Otro sector de la doctrina, diferencia al orden público internacional del interno aseverando que se trata de una relación genero-especie y señalado que el orden público internacional no es más que la aplicación del orden público interno de una manera más enfática y rigurosa ante la comunidad internacional y las transacciones en esta esfera[15].

En el mismo sentido, Redfern & Hunter, citando al Comité Internacional de Arbitraje Comercial Internacional de la Asociación Internacional de Derecho, señala que el orden público internacional es aquella parte del orden público interno de un Estado que si se ve violado, impide a una de las partes invocar derecho o jurisprudencia extranjera[16].

Por otro lado, y en una iniciativa por desentrañar los elementos que componen al orden público internacional, Rivera ha señalado que este concepto debe ser analizado tomando en cuenta las tres fuentes que lo ilustran que son: los principios básicos del ordenamiento jurídico que no pueden ser dejados de lado ni en el plano internacional, las llamadas leyes de policía y por último las obligaciones internacionales del Estado[17].

---

13. *Cfr.* A. Van den Berg, *Distinction Domestic-International Public Policy*, XXI Yearbook, 1996 p. 502.
14. *Cfr.* J. Moreno Rodríguez, *Orden Público y Arbitraje,* Algunos llamativos pronunciamientos recientes en Europa y el MERCOSUR. Lima Arbitration N° 2, 2007.
15. *Cfr. supra* nota. 9.
16. *Cfr. supra* nota. 4.
17. *Cfr.* J. Rivera, *El Orden Público en el Arbitraje*, Biblioteca Virtual de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.



En cuanto a los principios básicos del ordenamiento jurídico, estos adquieren relevancia cuando se trata de la homologación y ejecución de cualquier decisión extranjera en el ordenamiento jurídico nacional. En este sentido, dentro de esta categoría se definen como tales aquellos valores intrínsecos vitales en el ordenamiento jurídico de un Estado[18]. Como vemos, la definición propuesta es bastante abstracta, razón por la cual su aplicación dependerá de cada país y, en concreto, del juez que conozca la sentencia o laudo extranjero que se pretende homologar y ejecutar.

En cuanto a las leyes de policía, estas se consolidan en aquellas reglas del ordenamiento jurídico que tienen un enfoque internacional y que, en el caso de un supuesto de hecho específico, redirigen la aplicación al ordenamiento nacional para la protección de sus pobladores o incluso la parte más débil en un negocio jurídico. En la mayoría de los casos, se trata de normas de competencia, política económica interna o incluso normas de corte aduanero[19].

Por último, y en relación con las obligaciones internacionales del Estado como elemento del orden público internacional, podemos ver que son todos aquellos compromisos que ha adquirido el estado con la Comunidad Internacional, en virtud de la ratificación de los distintos instrumentos internacionales[20].

2.2.3. El orden público verdaderamente internacional

La doctrina moderna ha desarrollado el concepto del orden público verdaderamente internacional como una categoría separada de aquello que ha sido avanzado como el orden público internacional. Así, para diferenciarlo, ha utilizando términos como: "transnacional", "universal", "puramente internacional", "verdaderamente internacional", "realmente internacional" entre otros.

Para Gonzalo Quiroga, el orden público verdaderamente internacional es un concepto que tiene una raíz en valores éticos y morales de jus-

18. *Cfr.* Corte de Apelaciones de París, Sentencia 11 de Mayo de 2006, tomado de: J. Rivera, *supra* nota.15.
19. *Cfr. supra* nota.15.
20. Ibídem.



ticia, que se relacionan íntimamente con los derechos humanos, la ética de los negocios, la transparencia en el comercio internacional y, en concreto, la ética que debe manejarse en la institución del arbitraje privado internacional[21].

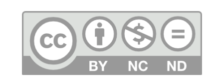
En otro sentido, Silva Romero explica que el orden público realmente internacional se traduce en aquellos principios comunes a todas las naciones civilizadas y que son jerárquicamente superiores a cualquier norma interna de un país determinado[22].

En la misma línea, Lew considera que el concepto de orden público verdaderamente internacional engloba todos los principios del derecho natural[23] los principios universales de justicia, el *ius cogens* en el derecho internacional privado y los principios universales de moralidad[24].

Estos principios que conforman el orden público realmente internacional tienen como fin el correcto desarrollo del comercio internacional, cimentándolo en la buena fe, la seguridad en el comercio y la moralidad en las transacciones comerciales; evitando así, violaciones a la confianza de los contratantes, tráfico de influencias y prácticas derivadas de actos de corrupción[25].

Pese a que la definición de orden público verdaderamente internacional permanece oscura, la doctrina es pacífica al considerar que este concepto se traduce en varios supuestos tales como: la aversión a la esclavitud, lucha contra la corrupción, la discriminación racial, religiosa o sexual, secuestro, asesinato, pedofilia, piratería, terrorismo, drogas y tráfico ilegal de personas. Así, el orden público verdaderamente internacional se opone a cualquier intento de subvertir las leyes imperativas del Estado[26]. Se apoya,

21. *Cfr.* M. Gonzalo Quiroga, *Orden Público y Arbitraje Comercial en el Marco de la Globalización Comercial*, Ed. Dykinson, 2003, p. 70.
22. *Cfr.* E. Silva Romero, "Las normas jurídicas aplicables al arbitraje comercial internacional". *Revista de Derecho privado* No. 28. Universidad de Los Andes, Bogotá, 2002, p. 14.
23. *Cfr.* J. Lew, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, Oceana Publications, New York, 1978 p. 532.
24. *Cfr.* M. Buchanan, *Public Policy and International Commercial Arbitration*, 26 American Business Law Journal, 1998, pp. 511-513.
25. Cfr. P. de Rosas, *Orden Público Internacional. Tendencias Contemporáneas.*
26. *Cfr. supra* nota. 10 pp. 277-285



además, en los derechos humanos fundamentales y los estándares básicos de honestidad y buena fe, tal y como lo avalan ciertas normas y prácticas aceptadas internacionalmente que figuran en las leyes y códigos uniformes[27].

Vemos entonces cómo el orden público verdaderamente internacional es aquel conjunto de principios supraconstitucionales que tienen por objeto la tutela del comercio internacional.

En nuestro criterio, la diferencia de entre este último y el orden público internacional radica básicamente en que el orden público verdaderamente internacional crea una esfera de principios comunes a todas las naciones que, por ser de connotada importancia, deben ser respetados por la Comunidad Internacional y los nacionales de los Estados en la esfera privada. De esta manera, este concepto de considerable amplitud se refiere a un espectro universal, que se deslinda de los valores que cada país considera como parte de su orden público, sea interno o internacional.

En este sentido, el orden público realmente internacional es un concepto que debe ser respetado no solo por las cortes y tribunales locales, sino también por los órganos internacionales de justicia, con el fin de lograr una homogenización y respeto a los principios generales del Derecho. Es por esta razón que, cuando en arbitraje internacional nos referimos a "orden público", los hacemos en relación con esta visión internacionalista del Derecho.

Naturalmente, existen detractores a la creación del concepto del orden público verdaderamente internacional. Esta tendencia doctrinaria considera que dicha abstracción es un acercamiento totalmente discriminatorio, teniendo en cuenta que incluye dentro de los principios a ser respetados, únicamente a aquellos de corte occidental.

Sin embargo, es innegable que la mayor parte de la Comunidad Internacional, acepta al orden público realmente internacional como una iniciativa que pretende homogeneizar los principios generales del Derecho y, de cierta manera, crear un código de conducta que permita proporcionar y

27. Ibídem.

garantizar las limitaciones necesarias a públicos y privados en las transacciones comerciales internacionales en el marco de la globalización[28].

La jurisprudencia internacional ha reconocido la existencia del orden público verdaderamente internacional. Por ejemplo, la Corte de Apelaciones de París en sentencia del 3 de octubre de 1984, en el caso *Banque Ottomane,* mencionó la necesidad de aceptar la existencia de un orden público común a todos los Estados con el fin de garantizar la seguridad en el comercio[29]. En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Arbitral en el laudo CCI No. 3913, asegurando que, el reconocimiento de un orden público verdaderamente internacional por parte de un Estado es una muestra del carácter civilizado de una nación. De la misma manera, la Corte de Casación italiana en el caso *Alarcia Castells v. Hengstenberge e Procuratore generale presso la Corte di apello de Milano* señaló la importancia del respeto al orden público verdaderamente internacional que se basa ante todo en la necesidad de salvaguardar un mínimo legal y moral que es común a la sensación de varias naciones[30].

De esta forma, es claro que son los árbitros internacionales, a través del foro arbitral, quienes se convierten en agentes de la *societas mercatorum* y en guardianes del orden mercantil internacional. Su principal carga radica en comprender las exigencias del comercio internacional y los comerciantes, y, aplicar reglas anacionales vitales para la *lex mercatoria*, como las que componen el orden público verdaderamente internacional[31].

Como hemos mencionado brevemente con anterioridad, el orden público verdaderamente internacional repudia *per se* los actos de corrupción, coimas y tráfico de influencias. Esto ha sido aseverado por doctrinarios como Rivera, quien sostiene que los actos de corrupción, la violación a los derechos humanos y las conductas monopólicas afectan directamente al orden público verdaderamente internacional y, por lo tanto, deben ser combatidas por los árbitros internacionales[32]. En el mismo sentido, podemos mencionar a De Rosas quien, al referirse al orden público verdaderamente internacional,

28. *Cfr. supra* nota. 19 p. 71.
29. *Cfr.* Sentencia tomada de: J. Moreno Rodríguez, *supra* nota. 12.
30. *Cfr.* Caso citado en: P. Lalive, *supra* nota 10, p. 277.
31. *Cfr. supra* nota. 23.
32. *Cfr. supra* nota. 15.

lo define como una serie de valores ampliamente aceptados por la comunidad internacional, tales como la condena al tráfico de drogas y la prohibición de la corrupción[33]. De la misma manera, Derains considera que existe una creciente tendencia a considerar ilegales a los contratos que incluyen actos de corrupción por violentar el orden público realmente internacional[34].

En este orden de ideas, la jurisprudencia internacional no ha sido ajena a la lucha contra la corrupción, más bien, la ha condenado por considerarla atentatoria al orden público realmente internacional. Por ejemplo, el Tribunal Arbitral en el Caso No. 6311 administrado por la CCI, nulitó un contrato en el que se suscitaron actos de corrupción y tráfico de influencias; sostuvo además que la prohibición general de actos de corrupción constituye una piedra angular del orden público verdaderamente internacional.

En el mismo orden de ideas se han decantado las decisiones de cortes locales, por ejemplo, en el caso *Soc. European Gas Turbines S.A. c. Soc. Westman International Ltd.* la Corte de Apelaciones de París, en consideración al orden público realmente internacional, nulitó un laudo arbitral al hallar que el contrato tenía como objeto actos de corrupción[35].

Pese a que existe unanimidad en los esfuerzos frente a la lucha contra la corrupción, la distinción entre qué actos condenar y cuáles no, sigue siendo indeterminada. Esto se debe a lo delicada que resulta la tarea de trazar la línea entre los contratos legales e ilegales y así, por ejemplo, determinar si estamos frente a un contrato de intermediación o se trata de un soborno[36]. Esta situación, naturalmente, debe ser analizada caso por caso.

Pese a ello, podemos concluir que el respeto al orden público verdaderamente internacional implica necesariamente la condena de los actos de corrupción y tráfico de influencias. En el siguiente capítulo, estudiaremos

33. *Cfr. supra* nota. 23.
34. *Cfr.* Y. Derains, "Public Policy and the Law Applicable to the Dispute in International Arbitration" in P. Sanders, Ed., *Comparative Arbitration Practice and Public Policy, ICCA Congress series no. 3, (The Hague: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1986).*
35. *Cfr.* Sentencia tomada de: M.Gonzalo Quiroga, *supra* nota. 19 p. 75.
36. *Cfr. supra* nota. 10 p. 277.



más detenidamente la arbitrabilidad de este tipo de controversias y analizaremos, en específico, el porqué un tribunal arbitral debe respetar el orden público verdaderamente internacional para lograr que el laudo que profiera sea válido y ejecutable.

3. Controversias que incluyen actos de corrupción sometidas a un tribunal arbitral internacional.

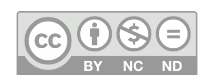
Como hemos adelantado, en este capítulo trataremos específicamente sobre las controversias en las que se encuentran inmersos actos de corrupción. Para ello, analizaremos, primeramente, si los tribunales arbitrales internacionales tienen jurisdicción para proferir un laudo de fondo en estos casos, enfocándonos, principalmente, en la arbitrabilidad de la materia en un sentido objetivo, justificándola con base en doctrina y jurisprudencia.

Posteriormente, analizaremos cuáles son los remedios que un tribunal arbitral puede tomar en caso de que se considere competente para conocer sobre este tipo de controversias. Como tercer punto de este capítulo, mencionaremos la que, a nuestro criterio, debe ser la actitud a tomar por parte de los árbitros frente a este tipo de controversias, contrastándolo con lo analizado en las dos primeras secciones de este capítulo. Por último, haremos una breve introducción a la los problemas que podría tener un laudo que conoce sobre controversias que incluyen actos de corrupción al momento de su ejecución en otro país, a la luz de la Convención de Nueva York de 1958.

3.1. ¿Tienen los tribunales arbitrales internacionales jurisdicción para conocer sobre controversias en las que se ven inmersos actos de corrupción?

Como lo plantea Gaillard, la pregunta primordial que surge al momento en que una controversia en la que se encuentran inmersos actos de corrupción es sometida al conocimiento de un tribunal arbitral es si, efectivamente, la materia es arbitrable y por lo mismo, si el tribunal tiene la facultad de retener la jurisdicción en el caso y de hacerlo, cuál sería la decisión sobre el fondo de la controversia[37].

37. *Cfr.* E. Gaillard y J. Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer, p. 353.



Ante esta interrogante que es el objeto principal de este trabajo, la doctrina ha señalado que deben analizarse algunos aspectos primordiales para poder resolverla. En este sentido, Sheppard y Delaney han considerado que son tres los aspectos que debe analizar el tribunal arbitral en un caso en el que están inmersos actos de corrupción, a saber: i) si existe una cláusula arbitral válida y ejecutable que permita que dicha controversia sea sometida arbitraje, ii) el principio *kompetenz-kompetenz* y por último, iii) el principio de separabilidad de la cláusula arbitral frente al contrato que la integra[38].

3.1.1. La cláusula arbitral y la controversia que incluye actos de corrupción

El primer deber del árbitro frente a cualquier controversia que es sometida a su conocimiento, es revisar si, en virtud de la cláusula arbitral inmersa en el negocio jurídico, está facultado para conocer sobre el mérito de la controversia y proferir un laudo de fondo.

Adicionalmente, el tribunal arbitral debe considerar si la materia de la controversia que es sometida a su conocimiento, es arbitrable, siempre considerando la cláusula arbitral que es la causa que le permite dirimir el conflicto mediante una decisión final.

Con base en la investigación realizada para la presente monografía, y como ya ha sido develado de cierta manera en algunas de las decisiones citadas, los tribunales arbitrales que se han visto frente a esta interrogante han decidido favorablemente a su competencia y han continuado conociendo sobre el fondo de la controversia.

Tendencias antiguas consideraban que las controversias en las que estaban inmersos actos de corrupción, por ser un asunto que envuelve cuestiones de tipo penal, no eran susceptibles de ser dirimidas mediante arbitraje, tomando en cuenta el interés público detrás de la materia objeto del arbitraje.

Actualmente, los tribunales arbitrales internacionales han superado dicha teoría y por lo mismo, han decidido entrar al fondo de la controversia con el fin de analizar los méritos y decidir con base en ellos. En nuestro criterio, esta situación se debe a que, cuando las partes han pactado un con-

38. *Cfr.* A. Sheppard y J. Delaney, *Corruption and International Arbitration.*



venio arbitral y se da una controversia de este tipo, jamás se puede pretender que el tribunal arbitral imponga sanciones penales a alguna de las partes. Por el contrario, la materia que sería objeto de conocimiento por parte del tribunal arbitral sería la validez propia del contrato en el que se han suscitado actos de corrupción. Por lo mismo, lo único sobre lo que versaría el laudo de fondo en estos casos sería la legalidad o no de dicho negocio jurídico. En esta virtud, el punto máximo al que llegaría el tribunal arbitral, sería la sanción civil del contrato, es decir, declarar su nulidad.

Este criterio es compartido por Redfern & Hunter, quienes en su obra señalan que, en este tipo de casos, una alegación de actos de corrupción levanta interrogantes más de tipo sustantivo que procesal, y, por lo mismo, el tribunal debe analizar las pruebas y decidir con base en ellas sobre el destino final del contrato que es puesto a su conocimiento[39].

Esta línea argumental se vio aplicada en el laudo arbitral proferido en el caso *Himpurna California Energy Ltd. c. Perusahaan Listruik Negara,* en el cual, el Tribunal Arbitral; señaló que era imposible fingir la inexistencia de los actos de corrupción alegados en el caso. Señaló además que ante ellos, el tribunal no podía pretender que se encontraba en una "torre de marfil" alejada de la realidad en el comercio internacional. Puntualizó, además, que es una realidad conocida por todos los árbitros, la existencia de actos de corrupción y tráfico de influencias; especialmente, en los contratos estatales. Añadió, que esta situación debe ser encarada por los tribunales arbitrales, y que con base en las pruebas anexadas y practicadas por las partes, debe tomar una decisión sobre el destino del contrato[40].

Sin embargo, y frente a esta que parecería una tendencia universal de los árbitros a dictar favorablemente su jurisdicción respecto de este tipo de controversias, existen excepciones. Una de ellas es el laudo proferido por el árbitro único Lagergren en el caso CCI No. 1110[41]. Los hechos del caso ocurren en la época peronista en Argentina donde se produjo un boom energético que provocó un aumento significativo en la producción de energía eléctrica.

39. *Cfr. supra* nota. 4 p.133.
40. Laudo tomado de: A. Redfern; M. Hunter; N. Blackaby y C. Partasides, *supra* nota. 4 p.133.
41. Y. Derains, *Collection of ICC Arbitral Awards*, Kluwer Law International, 1974-85, Kluwer Law International, p. 562.

Es en este sentido en el cual el actor, un ingeniero argentino con importantes influencias en el gobierno de turno, firma un contrato con una compañía británica. En dicho contrato las partes estipularon que el actor recibiría una comisión si es que lograba que el Estado argentino adjudique un contrato de venta de equipos eléctricos a la compañía antes mencionada. En efecto, el actor logró que se adjudique un contrato a la compañía británica, sin embargo, ésta, se rehusó a pagarle la comisión acordada. Surgida la controversia, las partes firman un convenio de arbitraje con sede en París, al cual se aplicaría el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional CCI.

Con base en estos antecedentes y después de percatarse que en efecto existieron actos de corrupción en el desarrollo del contrato materia de la controversia, el árbitro único Lagergren decidió declinar su competencia estableciendo que un contrato en el que se vulnere de manera frontal la buena moral y el orden público internacional, no puede ser materia de tutela judicial y menos aún de una decisión arbitral. Para ello, se sustentó en una renuncia implícita al apoyo del aparataje de justicia, que a su criterio sucede cuando las partes de un contrato entran en un negocio de este tipo.

Observamos cómo el principal argumento del árbitro único en este caso, no es propiamente el de la no arbitrabilidad de la materia. Al parecer, el árbitro único sustentó su decisión en el principio universal del derecho *nemo auditur propiam turpitudinem allegans* bajo el cual se genera una prohibición general de abusar del derecho propio como forma de acceder a ventajas indebidas e incluso inmerecidas dentro del ordenamiento jurídico, también expresado bajo la máxima "nadie puede beneficiarse de su propia culpa o dolo". Así, este laudo deja como precedente la imposibilidad de que contratos en los que existió corrupción sean susceptibles de ser conocidos mediante arbitraje.

Más adelante, cuando nos refiramos al principio de separabilidad, analizaremos las deficiencias de este laudo y denotaremos nuestro criterio al respecto.

3.1.2. El principio *kompetenz-kompetenz* y los conflictos que incluyen actos de corrupción.

Como hemos establecido con anterioridad, la tendencia mayoritaria de los tribunales arbitrales ante los cuales se somete controversias de esta naturaleza es declararse competentes para fallar sobre el fondo de la controversia.

Esto, tomando en cuenta la arbitrabilidad objetiva de la materia, el principio *kompetenz-kompetenz* y el principio de separabilidad de la cláusula arbitral.

El principio *kompetenz-kompetenz,* establece la facultad exclusiva del tribunal arbitral de dirimir sobre su propia competencia. Dicho principio se encuentra normado en la mayoría de leyes de arbitraje y reglamentos operativos de los diferentes centros que administran el procedimiento arbitral internacional. Tal es el caso del Art. 16. 1 de la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI[42], Art. 21.2 de la las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, así como los Arts. 6.2 y 6.4 del Reglamento de Arbitraje de la CCI de 1998, el Art. 23 del Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres y el Art. 41 de la Convención CIADI.

De esta manera, el principio en cuestión faculta al tribunal a que, *prima facie,* se declare competente si considera válido y suficiente el acuerdo arbitral presentado a su consideración.; incluso sobre controversias en las que se ven inmersos actos de corrupción. Así lo decidió el Tribunal Arbitral en el caso en el caso CCI No. 6401 *Westinghouse International Projects Company c. National Power Corporation.*

El principio *kompetenz-kompetenz* va de la mano del principio de separabilidad de la cláusula arbitral que analizaremos a continuación, por el cual, la decisión del tribunal arbitral respecto de la nulidad del contrato principal, no conlleva de manera automática la invalidez de la cláusula arbitral ni la falta de jurisdicción del tribunal.

3.1.3. El principio de separabilidad y los conflictos que incluyen actos de corrupción

El principio de separabilidad de la cláusula arbitral establece la independencia que tiene el convenio arbitral respecto del negocio jurídico principal que lo contiene[43]. Si bien existen discrepancias acerca de su alcance, la doctrina es uniforme al señalar que el efecto primordial de este principio se traduce en que la nulidad del contrato principal no afecta a la validez de la cláusula arbitral y por lo mismo, ésta surte plenos efectos y debe ser ejecutada

42. Convención de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en adelante referida como CNUDMI.
43. *Cfr. supra* nota. 36.

independientemente de la decisión que sobre el fondo tome el tribunal respecto a la mencionada invalidez del contrato principal.

Este principio, por ejemplo, se ve recogido de manera clara en el Art. 6.4 del Reglamento de Arbitraje de la CCI de 1998, en el que se expresa que el tribunal arbitral continuará teniendo jurisdicción sobre la disputa, y tendrá la facultad de decidir sobre las pretensiones de las partes, pese a que el contrato en sí mismo sea inexistente o inválido.

En materia de Arbitraje Internacional, y puntualmente, en controversias en las que están inmersos actos de corrupción, el análisis de este principio se ha vuelto de suma importancia, en especial, por la decisión del caso CCI No.1110 al que hicimos alusión con anterioridad en este trabajo. La doctrina y jurisprudencia han sido críticos con el decisión del arbitro único Lagergren, al mencionar que el laudo proferido fue una afrenta al principio de separación de la cláusula arbitral[44]. Esto, debido a que el principal argumento de Lagergren para declararse incompetente fue la corrupción que nulitaba el contrato y deslegitimaba, en su criterio, cualquier petición ante el aparataje de justicia. Los detractores de Lagergren fundamentan su crítica en que el árbitro único erró al no analizar a la cláusula arbitral de manera separada al contrato y, por el contrario, considerar que la invalidez del contrato contagiaba a la cláusula arbitral.

Es en este sentido, que muchos autores señalan que, en efecto, el caso CCI No.1110 es la única excepción en la que, un tribunal arbitral, ha declinado su competencia en una controversia en la que el contrato fue logrado mediante o incluía actos de corrupción. Dicho sector de la doctrina asegura que si las partes han escogido como método para dirimir sus conflictos, al arbitraje, la lógica debería obrar para que el tribunal respete su voluntad y, aplicando este principio cardinal, se declare competente para conocer sobre el fondo de la controversia, sin que su competencia se vea menguada por la corrupción que aqueja al contrato principal[45].

Esta tendencia es la que han tomado la mayoría de tribunales arbitrales con posterioridad al caso Lagergren. Por ejemplo, en el caso CCI No. 3913 de 1980, el Tribunal Arbitral halló que en el contrato materia de

44. *Cfr.* T. Martin, *International Arbitration and Corruption: An Evolving Standard.*
45. Ibídem.



la controversia existían indicios respecto a que se habían efectuado coimas a servidores públicos franceses para la adjudicación de un contrato. Pese a ello, el Tribunal Arbitral se declaró competente para conocer sobre el fondo de la controversia en la que, con base en las pruebas aportadas por las partes, halló que efectivamente dichas coimas se habían efectuado. Por ello, al considerar que la ley francesa aplicable al caso, prohibía dichos actos, declaró el contrato nulo basándose también en el orden público verdaderamente internacional[46].

Análisis similares respecto a la jurisdicción se han realizado en los casos CCI: No. 3916 (1982)[47], No. 4145 (1983, 1984 & 1986)[48], No. 5622 (1988 & 1992) o Caso *Hilmarton c. OTV*[49], No. 6248 (1990)[50], No. 6662 (1992) o caso *Westman International Ltd.*[51], No. 7047 (1994)[52], No. 8891 (1998)[53], No. 9333 (1998)[54].

En todos estos casos, como ha quedado señalado, los tribunales arbitrales independientemente de las consideraciones que hayan tomado respecto de los contratos materia de arbitraje en los que existían indicios de actos de corrupción, se declararon competentes en virtud de los principios *kompetenz-kompetenz* y de separabilidad de la cláusula arbitral.

En nuestro criterio, esta nueva tendencia que surgió con posterioridad al caso CCI No. 1110 desde inicios de los ochenta y hasta finales de los noventa, toma un criterio adecuado en cuanto a la aplicación de los dos principios antes mencionados. Esto, debido a que de declararse incompetentes no sólo violaría la voluntad de las partes expresada en la cláusula arbitral, sino que además dejarían a los litigantes en indefensión respecto a la situación contractual.

Esto no significa que todos aquellos casos en los que se vean inmersos actos de corrupción pueden ser dirimidos mediante arbitraje. Las excepciones dependerán de cada caso, como por ejemplo, la existencia de un

46. *Cfr.* Y. Derains, *Collection of ICC Arbitral Awards 1974-85*, Kluwer Law International, p. 497.
47. Ibídem, p. 507.
48. Ibídem, p. 559.
49. *Cfr.* Y. Derains, *Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995*, Kluwer Law International, p.220.
50. Ibídem, p.239.
51. *Cfr.* Sentencia tomada de: M. Gonzalo Quiroga, *supra* nota. 19. p.75.
52. *Cfr.* Y. Derains, *Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995*, Kluwer Law International, p 32.
53. Ibídem.
54. Ibídem.

objeto ilícito en la cláusula arbitral considerada independientemente. Un ejemplo de aquello se da en casos en los que se determine que el objeto de la cláusula arbitral –o más bien una especie de causa– era únicamente huir de la justicia ordinaria de determinado país para ocultar los actos de corrupción que se desarrollaron en el contrato o cuando la ilegalidad del contrato afecte de manera irrefutable a la cláusula arbitral como en los casos CCI No. 7047 (1994) conocido también como caso *Westacre*[55] o CCI No. 6401 (1991) conocido también como caso *Westinhouse*[56].

3.2. Si el tribunal arbitral decide favorablemente sobre su competencia ¿Cuáles son los parámetros a seguir en el laudo de fondo?

Si bien podría pensarse que este apartado no corresponde a la materia analizada en el presente trabajo en razón de que no se refiere al análisis de aspectos jurisdiccionales de controversias que incluyan actos de corrupción en el comercio internacional; creemos importante mencionarlo de manera breve para señalar algunas particularidades respecto al laudo de fondo proferido en controversias que incluyen actos de corrupción. Además, esta breve introducción, servirá de causa para lo que estudiaremos en la última parte de esta monografía en relación con la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros.

Como hemos adelantado en la primera parte de este trabajo, el deber principal de un tribunal arbitral cuando le es sometida una controversia para su decisión, es cuidar que el laudo que vaya a proferir sea ejecutable internacionalmente. En esta virtud, para decidir sobre la situación de fondo en un arbitraje, al tribunal no debe limitarse a la interpretación de la legislación aplicable al contrato o *lex contractus*, sino que debe considerar los principios que informan el orden público verdaderamente internacional, ya que sólo así podrá asegurar, *prima facie*, su ejecutabilidad internacional.

En este sentido, como hemos analizado previamente, existe unanimidad en la doctrina y jurisprudencia respecto de la sanción civil que debe darse a un contrato cuando ha sido procurado a través de actos de corrupción; esta es, su nulidad insubsanable. Así por ejemplo, Mantilla

55. *Cfr. supra* nota. 36.
56. *Cfr. supra* nota. 41.

señala en referencia a los contratos que involucran actos de corrupción, que "la sanción de estas convenciones de corrupción sería la nulidad por objeto o causa ilícitos, lo cual importaría su invalidez, en principio, retroactiva"[57].En el mismo orden de ideas, REDFERN & HUNTER establecen que la sanción que debe dar un tribunal arbitral a un contrato de esta categoría es invalidarlo[58].

Pese a ello y como hemos mencionado, la decisión *prima facie* dependerá de la *lex contractus* y el ejercicio que, en relación con el conflicto de leyes, haga el tribunal al que se someta la controversia.

En la misma línea, el caso CCI No. 3913 que hemos citado, nulitó un contrato en el que hubo actos de corrupción por contravenir tanto la ley francesa (*lex contractus*) como el orden público internacional[59].

Es en este sentido en el que resulta de primordial importancia que los tribunales arbitrales apliquen el orden público verdaderamente internacional en concordancia con la legislación aplicable al contrato, ya que en caso negativo y de sólo aplicar la legislación interna aplicable comprometería su ejecutabilidad a nivel internacional y fallaría en su obligación principal de proferir un laudo efectivo.

La lucha contra la corrupción y el respeto al orden público internacional han llegado hasta tal punto que los tribunales arbitrales han mutado los principios que rigen la práctica de la prueba en el arbitraje internacional con el fin de evitar la impunidad de actos de éste tipo. Así por ejemplo, en el caso CCI No. 8891, el tribunal consideró que era muy difícil para la parte que alegaba corrupción, probarla, y por lo mismo, invirtió la carga de la prueba e incluso intervino de oficio para investigar los indicios y determinar que en efecto existieron actos de corrupción en la relación contractual. Esto tuvo como efecto la declaratoria de nulidad del mismo[60].

El laudo dictado en el caso CCI No. 6248 fue aún más allá y decidió inaplicar el principio de *estoppel* o doctrina de los actos propios en un contrato

57. *Supra* nota. 2.
58. *Cfr. supra* nota. 4. pp.132-133.
59. *Cfr.* Y. DERAINS, *Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985*, Kluwer Law International, p. 497.
60. *Cfr. supra* nota. 41.

que envolvía actos de corrupción. Por ello, permitió que la parte que incitó a los actos de corrupción la alegue y emitió un fallo declarando nulo el contrato con el fin de salvaguardar el orden público verdaderamente internacional. Sin embargo, el tribunal fue tajante en negar la pretensión de la parte solicitante en lo referente a la restitución integral del contrato a su estado anterior, evitando así que dicha parte se beneficie de su propio dolo[61].

Esta situación ocurrió nuevamente en el caso *Thales c. Taiwán* administrado recientemente por la CCI. En este caso, las dos partes habían firmado un contrato para que Thales, una empresa francesa, vendiera a Taiwán seis fragatas de categoría Lafayette. Dicho contrato establecía claramente una cláusula que prohibía el pago de comisiones o pagos extras por la venta de las fragatas. La controversia surgió cuando el gobierno de Taiwán se percató que el precio de las fragatas había sido inflado y en dicha transacción habían participado tanto el gobierno francés, agentes de la compañía Thales y agentes del gobierno de Taiwán. Además, salió a la luz que el gobierno francés pago más de US$500 millones de dólares en coimas para lograr la firma del contrato. Por esta razón, el gobierno de Taiwán al investigar el caso, inicio un arbitraje argumentando que la compañía Thales violó la cláusula que prohibía el pago de comisiones ajenas al objeto del contrato Adicionalmente, siguió las acciones penales correspondientes.

El gobierno de Taiwán solicitó dentro del arbitraje más de US$800 millones de dólares en daños, de los cuales US$591 se referían al pago de coimas realizadas por el gobierno francés y la mencionada compañía.

Thales aceptó el hecho ilícito, pero sustentó su defensa en la solidaridad o al menos proporcionalidad del pago por parte del gobierno francés, de aquello solicitado por Taiwan por daños en razón del pago de coimas[62].

El Tribunal, después de las investigaciones pertinentes, emitió un laudo en el que mandó a pagar a Thales y el gobierno francés US$875 millones de dólares. Posteriormente, se planteó por parte de Thales una acción de nulidad del laudo ante la Corte de Apelaciones de París, la cual fue rechazada[63].

61. *Cfr.* Y. Derains, *Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995*, Kluwer Law International, p. 239.
62. *Cfr.* C. Nichols, *Corruption and Misuse of Public Office*¸Oxford, pp. 331-332.
63. *Cfr.* UPI.com, *Thales pays up in Taiwan frigate battle*, en: http://www.upi.com/Business_News/Security-Industry/2011/07/15/Thales-pays-up-in-Taiwan-frigate-battle/UPI-56631310764247/.

De esta manera podemos percatarnos cómo independientemente de las acciones penales a que haya lugar, el tribunal tomó un rol activo en el caso y decidió nulitar el contrato y condenar a quien provocó los actos de corrupción a pagar al perjudicado por el sobreprecio y las coimas que tuvieron lugar en el desarrollo del contrato.

Esta situación podría replicarse en el caso de los sesenta aviones *Mirage Fighters* que compró Taiwán a Francia en 1992 mediante un contrato similar y en el que se han descubierto irregularidades y pagos de comisiones[64].

Así, observamos cómo resulta primordial la protección que realizan los tribunales internacionales al orden público verdaderamente internacional mediante la sanción civil a los contratos en los que se han suscitado actos de corrupción. Esto nos lleva a tratar el siguiente punto de esta monografía, en referencia al rol o actitud que deben tomar los árbitros frente a este tipo de controversias.

3.3. El rol del tribunal arbitral en los conflictos que incluyen actos de corrupción

Como hemos venido develando a lo largo del desarrollo de este trabajo, un tribunal arbitral que se enfrenta a la resolución de una controversia en la que están inmersos actos de corrupción puede tomar distintas posiciones, tanto en relación a temas jurisdiccionales como sobre el fondo del caso en el supuesto de que se considere competente.

Respecto a la jurisdicción, el tribunal puede tomar un rol activo y declararse competente para conocer sobre la reclamación que incluye actos de corrupción, en virtud del principio *kompetenz- kompetenz* y el de separabilidad de la cláusula arbitral.

Sin embargo, el tribunal también puede tomar lo que la doctrina ha llamado "el rol negativo y pasivo", como sucedió el caso CCI No. 1110 en el que el árbitro único decidió que las controversias relativas a las denuncias

64. *Cfr.* Military of China, Force Comment, *Taiwan said the aircraft procurement bribery case may have been bribes to be demanded that France return*, fecha 2011-09-01 en: http://www.9abc.net/index.php/archYves/23740.

de corrupción, no se encasillaban en el ámbito de los asuntos que pueden ser considerados como arbitrables[65].

El papel del árbitro en esos casos es desconocer su jurisdicción y evitar pronunciarse sobre un contrato que viola el orden público verdaderamente internacional. Esta situación, a nuestro criterio, resulta inconveniente, puesto que provoca que las partes tengan que iniciar una especie de *forum shopping* hasta lograr que algún tribunal se declare competente y resuelva sobre el fondo de la controversia. Además, este rol pasivo tiene un valor limitado para la parte que fue victima de la corrupción, ya que no resuelve la controversia sino únicamente la dilata[66].

Es nuestro criterio que, el tribunal arbitral en estas circunstancias, debe tomar un rol activo que se compadezca con la voluntad expresada por las partes en la claúsula arbitral, lo cual implica aplicar los principios *kompetenz-kompetenz* y de separabilidad que informan el sistema arbitral y, únicamente, en casos excepcionales en los que la cláusula arbitral esté contagiada *per se* de un vicio de nulidad, podrá denegar su ejecución y declararse incompetente para conocer la controversia de fondo.

En relación con los méritos de la controversia, el tribunal también puede tomar distintos roles. Como señalan Redfern & Hunter el árbitro que decide favorablemente a su jurisdicción en casos en los que intervienen actos de corrupción puede tomar dos roles diferentes. En el primero, el tribunal toma un papel inquisitorio. Esto significa que el tribunal, aun cuando las partes no hayan alegado corrupción, la analizará *ex officio* en el laudo de fondo[67]. De esta manera, proferiría un lado de méritos basado en una investigación propia, para lo cual deberá a su vez sustentarse en pruebas solicitadas y ordenadas de oficio a conveniencia del tribunal[68].

Sin embargo, tomar este rol activo podría generar consecuencias adversas ya que podría considerarse que el laudo conlleva un vicio de incongruencia (*extra petita*), lo que a su vez podría ser causa de su nulidad en la sede del arbitraje o su inejecutabilidad a la luz de la Convención de Nueva

65. *Cfr.* O. Makinwa, *Civil Remedies for International Corruption: The Role of International Arbitration.*
66. Ibídem.
67. *Cfr. supra* note. 41.
68. Ibídem.

York[69]. Claro está, que ello dependerá de la cultura jurídica y legislación aplicable al caso, puesto que en muchos cuerpos normativos civiles como el ecuatoriano, las causales de nulidad absoluta –como sería el caso del objeto ilícito del contrato procurado mediante corrupción– pueden ser declaradas de oficio por las cortes y tribunales. En todo caso, parecería ser claro que el principio de congruencia procesal se vería vencido frente a la nulidad absoluta de un acto jurídico en cualquier ejercicio de ponderación.

La otra opción se consolida en un rol pasivo del tribunal arbitral. En este escenario, el órgano juzgador, aplicando a rajatabla el principio dispositivo, se remite a fallar sobre las pretensiones procesales de las partes y, aun frente a evidencia clara de corrupción en el contrato, no la declara. Sin embargo, en estos casos la ejecución del laudo podría verse comprometida por la contravención del laudo al orden público verdaderamente internacional. Además, el tribunal arbitral estaría incumpliendo su principal deber de proferir un laudo válido y ejecutable[70].

A nuestra manera de ver, un rol pasivo respecto de los méritos de la controversia resulta inconveniente, puesto que el tribunal estaría desnaturalizando la esencia misma del arbitraje como método efectivo de resolución de disputas[71]. Por otro lado, un rol pasivo podría encubrir actuaciones colusorias de partes que, por conveniencias personales, no mencionen en juicio el vicio de corrupción.

Es por eso que, a nuestro criterio, los tribunales arbitrales deben emprender un rol activo en lo relacionado el fondo de la controversia. Así, haciendo honor a su cualidad de guardián del comercio internacional y a sus obligaciones respecto a la ejecutabilidad del laudo, debe declarar la nulidad del contrato principal, incluso de oficio a falta de una petición clara de las partes en el proceso.

Este criterio informó la decisión del caso CCI No. 8891, en el cual el Tribunal resaltó el carácter inquisitivo que debe tener el procedimiento arbitral cuando se evidencian vestigios de actos de corrupción en el contrato materia de la controversia[72].

69. *Cfr. supra* nota. 4. p. 134.
70. Ibídem.
71. *Cfr. supra* nota. 41.
72. Ibídem.

Sin embargo, la lucha contra la corrupción conlleva no solo un rol activo por parte de los tribunales adjudicadores de justicia, sino además esfuerzos legislativos por parte de los Estados. Dichos esfuerzos deben concentrarse tanto en leyes sustantivas aplicables al comercio –estableciendo de manera expresa el carácter ilegal de los contratos procurados mediante actos de corrupción y su correspondiente anulabilidad a ser declarada de oficio o petición de parte por el juzgador–, como en leyes procesales y arbitrales que dejen clara la arbitrabilidad de las disputas contractuales en lo referente a la corrupción que afecta al acto negocial.

De esta manera, se desmitificaría el carácter de no arbitrable respecto de estas disputas y además se evitaría lo que, en palabras de Mantilla, constituye una legislación cómplice de la corrupción, que no la castiga expresamente y, por lo mismo, se vuelve permisible frente a sus efectos[73].

3.4. Las implicaciones de los casos en los que se ven inmersos actos de corrupción respecto de su ejecución a la luz el Art. V (2) (a) y (b)

La Convención de Nueva York es conocida por ser el instrumento con mayor acogida dentro del Derecho Internacional Público. Esto se debe a que la mayoría de países la han ratificado y por ello, es la norma de mayor aplicación en lo que respecta a la ejecución de laudos arbitrales extranjeros.

Por otro lado, es importante recalcar que la Convención de Nueva York dota a todos los laudos arbitrales extranjeros de una presunción de ejecutabilidad. Dicha presunción es de aquellas consideradas “de hecho” o “*iuris tantum*”, lo que significa que admite prueba en contrario; que en el caso de la Convención, se consolida en las causales de denegación establecidas en el artículo V de su texto.

En este apartado, analizaremos las principales particularidades de los laudos proferidos en controversias que incluyan actos de corrupción, tomando especial consideración al artículo V.2. (a) y (b). Estos literales del se refieren, respectivamente, a la causal de denegación por falta de jurisdicción *ratione materiae* y a la relacionada con la violación, por parte del laudo, del orden público del Estado donde se busca la ejecución.

73. *Cfr. supra* nota. 2.



En la práctica, la historia de la Convención de Nueva York, muestra que no existen mayores casos en los que se haya denegado la ejecución de un laudo por contravenir al orden público. Sin embargo, esta causal será siempre de importante consideración cuando se trate de la ejecución de laudos arbitrales extranjeros, ya que su objetivo es proteger las convicciones morales más básicas, del país del foro[74]. De hecho, de todos los arbitrajes administrados por la CCI entre 1976 y 1998, existen únicamente once casos en los que se ha denegado efectivamente la ejecución de un laudo arbitral por contravenir el orden público[75].

Para Van den Berg ambos casos, es decir las causales de denegación expuestas en los literales (a) y (b) del articulo V.2 antes mencionado, traen a colación cuestiones referentes al orden público.

Las del literal a) se refieren a la arbitrabilidad de la materia acorde al país donde se quiera ejecutar[76], y por lo mismo, depende de la legislación interna de cada país. Por esta razón, resulta de trascendental importancia que dicha legislación opere a favor de considerar la arbitrabilidad de contratos en los que se vean inmersos actos de corrupción.

El literal b), por su redacción amplia, abre el espectro a distintas categorías de alegaciones que podrían hacerse en pro de la inejecutabilidad de un laudo arbitral extranjero. En la práctica, la mayoría de casos fundamentados en esta causal se han decantado en alegaciones sobre violaciones al debido proceso, imparcialidad y falta de motivación de los laudos[77]. Sin embargo, han existido dos casos sometidos a ejecución en la jurisdicción inglesa en los que la Corte discutió esta causal en relación con actos de corrupción alegados por las partes.

74. *Cfr.* J. Van Den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958*, Kluwer Law International.
75 *Cfr.* J. Van Den Berg, "Refusal of Enforcement under the New York Convention of 1958: The Unfortunate Few" in F. Gelinas, *Arbitration in the Next Decade ICC Publishing,* Paris: 1999) p. 88.
76. Ibídem.
77. Ibídem.

3.4.1. El caso *Westacre Investments Inc. c. Jugoimport-SDRP Holding Co Ltd.*

El primero de ellos es el caso *Westacre Investments Inc. c. Jugoimport-SDRP Holding Co Ltd.*[78]. El caso involucraba el pago de sobornos a funcionarios de Kuwait para obtener éxito en la adjudicación de un contrato de suministro. Los demandados invocaron la ilegalidad del contrato. La ley elegida por las partes era la suiza y el reglamento aplicable al arbitraje era el de la CCI. El tribunal arbitral rechazó las acusaciones de corrupción y se pronunció a favor de los demandantes, quienes solicitaron la ejecución del laudo en Inglaterra. El caso fue conocido por la Corte Inglesa de Apelaciones, que sostuvo que el laudo era ejecutable y ordenó su ejecución.

La Corte basó su decisión en argumentos puramente procesales. Así, estableció que la respuesta al caso depende de la ilegalidad alegada por la parte que se opone a la ejecución del laudo. En ese sentido, argumentó que únicamente cuando la ilegalidad alegada imposibilita que el tribunal arbitral se declare competente, la corte de ejecución debe denegar la petición de ejecución. Caso contrario, si no existe ilegalidad alguna respecto de la competencia del tribunal arbitral, la corte de ejecución debe respetar, *prima facie*, la decisión del tribunal arbitral –que en este caso resolvió que no existía violación de orden público en cuanto a la ley aplicable al caso–[79].

Como puede observarse, en este caso la Corte de Apelaciones de Inglaterra realizó su análisis enfocado en si el laudo, *per se,* violentaba el orden público, sin tomar en cuenta el contrato con base en el cual el tribunal arbitral profirió el laudo. En este sentido, la Corte obró acorde al principio de separabilidad y, por lo mismo, concluyó que al no existir un pronunciamiento del tribunal arbitral en contra de la jurisdicción, y, al éste establecer que no existió ilegalidad en el contrato; mal haría la Corte en denegar la ejecución de dicho laudo, puesto que irrespetaría el acuerdo de las partes y la decisión del tribunal.

---

78. *Cfr. Westacre Investments Inc. v Jugoimport-SDRP Holding Co Ltd.*, disponible en: http://www.nadr.co.uk/articles/published/ArbitrationLawReports/Westacre%20v%20Jugoimport%201999.pdf.
79. *Cfr.* X. Andrade, *Theory and Practice of Public Policy Defense.*



La doctrina se encuentra dividida en relación con el resultado de este caso. Por un lado, quienes aplauden la decisión, señalan que le tribunal obró acorde a Derecho, especialmente en consideración al *English Arbitration Act* de 1975. Dicho cuerpo normativo, únicamente faculta la denegación por parte de la Corte cuando "sea contrario al orden público ejecutar el laudo"[80] en contraste con la legislación de 1920 que facultaba la denegación cuando la causa o acción procesal en los méritos son contrarias al orden público[81].

Por otro lado, quienes la condenan, señalan que la Corte cometió un grave error al divorciar el laudo de aquello que sustantivamente le da origen. En este sentido, quienes apoyan esta corriente expresan que la corte de ejecución se encuentra, por naturaleza, imposibilitada de desconocer el contenido del laudo cuando la parte que se opone a su ejecución alega violaciones al orden público[82].

Concordamos con esta última perspectiva. En nuestro criterio, el análisis respecto a si un laudo contraviene el orden público de un Estado, no puede limitarse a un perspectiva puramente procesal. Si bien el orden público en una de sus facetas pretende resguardar el buen desarrollo del proceso de administración de justicia –derecho al debido proceso, derecho a la defensa, tutela efectiva de derechos–, su otra cara atiende a la parte sustantiva de las relaciones jurídicas entre particulares. Así, se traduce en una limitación a la autonomía de la voluntad de las partes, evitando que los actos negociales entre ellas traspasen ese conglomerado de principios primordiales para una nación. Llevado al plano internacional, el orden público transnacional opera, así mismo, como un limitante en las transacciones internacionales entre operadores comerciales.

Es por ello que creemos que la Corte inglesa comete un error en su fundamentación, ya que genera una especie de blindaje para el laudo al "respetar" a ciegas la decisión del tribunal arbitral respecto de sus planteamientos en cuanto a si existió o no violación al orden público. No nos debemos olvidar que el tribunal arbitral es el encargado de dirimir la controversia con base en la legislación aplicable al contrato, lo cual, en principio, obliga también a velar por la protección del orden público que acoge dicha selección normativa de las

80. *Cfr.* J. Harris y F. Meisel, *"Public Policy and the Enforcement of International Arbitration Awards: Controlling the Unruly Horse"*, 4 Lloyds Maritime and Commercial Law Quartely, 1998, p. 568.
81. Ibídem.
82. *Cfr. supra* nota. 76.



partes –decimos en principio, puesto que como hemos mencionado en párrafos anteriores, los árbitros deben velar, además, por la protección del orden público transnacional como norma superior a cualquier consideración jurídica de corte local.

Sin embargo, como ya ha sido esbozado con anterioridad, la corte de ejecución debe considerar las causales de denegación establecidas en los artículos V.2 (a) y (b) de la Convención de Nueva York en concordancia con su ordenamiento jurídico – lo cual significa que el orden público por el que debía velar la Corte inglesa en la acción de ejecución era justamente el inglés[83]. Por ello, si bien la Corte hace bien en respetar la decisión del tribunal arbitral –lo cual significa que de ninguna manera puede cambiarla equivoca al extender esa deferencia a la etapa de ejecución. Esto es así, puesto que, como hemos mencionado, la corte de ejecución debe analizar el fondo de la cuestión jurídica plasmada en el laudo arbitral, para determinar si la decisión con base en los méritos de la controversia, resulta o no violatoria a su orden público. Por ejemplo, la Corte podía haber denegado la ejecución si consideraba que los actos de intermediación a agentes gubernamentales de Kuwait generaban un contrato violatorio del orden público inglés, situación que fue considerada pero desechada cuando el tribunal señaló "[…] aunque dichos actos constituyan una violación al orden publico inglés"[84].

Se ha criticado a esta postura al señalar que, un análisis en esta línea reabriría los méritos de la controversia, lo cual es a todas luces contrario a la intención de la Convención de Nueva York que plantea el respeto total a la decisión arbitral[85]. Sin embargo, como expresamos con anterioridad, revisar el fondo de la controversia con el fin de determinar violaciones al orden público del Estado ejecutante, de ninguna manera reabre la discusión sobre el fondo del laudo –que será respetado en su inmutabilidad- sino que únicamente determina si su ejecución podrá ser denegada en caso que la corte pertinente decida positivamente sobre las violaciones antes mencionadas.

Por estas razones, sostenemos que un análisis de la corte de ejecución, que considere al laudo como un pieza procesal únicamente, erra de insuficiente

83. *Cfr.* A. Van den Berg, *New York Convention of 1958: Refusals of Enforcement*, ICC International Court of Arbitration Bulletin – Vol. 18/No. 2 – 2007.4
84. *Cfr. supra* nota. 75.
85. *Cfr. supra* nota. 76.



frente a la defensa del orden público que, por su naturaleza, abarca un estudio sustantivo y procesal de la decisión final del tribunal arbitral.

3.4.2. El caso *Hilmarton c. OTV*

Algo parecido sucedió en el caso *Hilmarton c. OTV*. En el caso, OTV contrató con Hilmarton con el fin de que esta última preste sus servicios de intermediación y cabildeo para lograr con éxito la adjudicación de un contrato en Algeria. La contraprestación sería un porcentaje de comisión si el contrato efectivamente le fuese adjudicado. El contrato establecía como legislación aplicable la suiza y un arbitraje administrado bajo las reglas CCI. *Hilmarton* cumplió con su obligación contractual, sin embargo *OTV* se negó al pago[86].

Hilmarton inició un arbitraje para lograr la adjudicación de la deuda y *OTV* se excepcionó estableciendo que los contratos de intermediación son prohibidos por la ley argelina que era aquella bajo la cual el contrato debía ejecutarse por ser la del lugar del cumplimiento obligacional. El tribunal falló a favor de *Hilmarton* señalando que si bien la ley argelina había sido violentada, la ley aplicable al contrato era la suiza. Además, el tribunal consideró que no existió evidencia clara de actos de corrupción[87].

Hilmarton inició el proceso de ejecución en Inglaterra. *OTV* se opuso a la ejecución alegando que el laudo atentaba contra el orden público inglés. Su argumento se centraba en que el laudo violentaba normas mandatorias de la ley argelina; y, dado que Argelia era un país hermano de Inglaterra, el laudo era contrario al orden público inglés. La Corte de Ejecución, en su decisión final, ordenó la ejecución del laudo. Su sentencia se basó en argumentaciones parecidas a las de la Corte de Ejecución en el caso *Westacre Investments Inc.*

La decisión señalaba la clara diferencia entre ejecutar un contrato y ejecutar un laudo arbitral. Puntualizó, entonces, que la Corte no estaba facultada para decidir sobre los méritos del contrato de intermediación,

86. *Cfr.* E. Brown, "Illegality and Public Policy – Enforcement of Arbitral Awards in England: Hilmarton Limited v. Omnium Traitement de Valorization S.A." (2000) Int. A.L.R. 2000, 3(1), p. 31.
87. Ibídem.



sino únicamente sobre la ejecutabilidad de laudo. Por ello, concluyó que al no existir pruebas fehacientes de existencia de corrupción, no consideraba que haya existido violación alguna del orden público inglés, especialmente, tomando en cuenta la presunción de ejecutabilidad del laudo, establecida tanto en la Convención de Nueva York como en la ley inglesa.

Aunque como hemos mencionado, la decisión del tribunal arbitral en este caso aparenta tener un basamento similar al del caso *Westacre Investments Inc.*, lo que nos llevaría a realizar las mismas críticas esbozadas en párrafos anteriores, existen ciertas consideraciones en la decisión que dan luces respecto a una posible intención de la Corte de denegar la ejecución de un laudo por vicios de corrupción en el contrato sometido a la decisión arbitral.

La Corte inglesa estableció al final de su decisión que en razón de que no se pudo probar la existencia de actos de corrupción en el contrato materia de la controversia –lo que daría paso a consideraciones en torno al orden público inglés– dicha Corte no encontraba violación alguna al orden público inglés que pueda detener la ejecución del laudo arbitral.

Para autores como Brown, de la decisión en *Hilmarton* únicamente se desprende que una corte inglesa denegaría le ejecución de un laudo arbitral cuando los árbitros hayan pasado por alto –ya sea a través de inadvertencia o en la inaplicación de la legislación aplicable, que a su vez contravengan el orden publico inglés– una conducta ilícita notoria[88].

Sin embargo, desde nuestra perspectiva, la Corte es clara al abrir la puerta para que futuras cortes enfrentadas a decisiones arbitrales en las que se haya probado fehacientemente la existencia de actos de corrupción en un contrato que no haya sido anulado por dicho tribunal, puedan denegar la ejecución de la decisión arbitral a la luz del artículo V.2.b de la Convención de Nueva York por violación al orden público inglés. Esto nos lleva a pensar que la Corte en el caso *Hilmarton* no mostró una deferencia total a la decisión del tribunal arbitral respecto de la causal de orden público –como sucedió en el caso *Westacre Investments Inc.*–, sino que por el contrario consideró necesario analizar el fondo del laudo con el fin de determinar si éste constituye una violación al orden público inglés.

88. *Cfr.* Ibídem. p. 5.



3.4.3. El Art. V.2.b: ¿orden público, local, internacional o verdaderamente internacional?

No existe actualmente un consenso entre doctrinarios y practicantes acerca de a qué concepción de orden público se refiere el artículo V.2.b de la Convención de Nueva York.

Por un lado, hay quienes sostienen de manera tajante que la Convención en ningún caso se refiere al orden público desde una perspectiva internacional y menos a una concepción universal del mismo[89]. Para este sector de la doctrina, el texto de la convención es claro cuando señala: "el orden público de ese Estado"[90]. Añaden, que del texto de la Convención no se deprende la intención de generar una interpretación común del concepto de orden público[91].

Sin embargo, como lo denota van Den Berg, esta posición es minoritaria. Este autor señala que cada vez son mayores los casos en que cortes de ejecución aplican esta causal de denegación realizando una diferenciación de los conceptos de orden público internacional y local. Establece que, acorde a su experiencia, sólo existen dos casos en los que las cortes locales de Austria e India realizaron interpretaciones restrictivas al considerar que la causal en cuestión se refiere únicamente al orden público local de un Estado. Señala, además, que esta tendencia tiene sentido por la intención de la Convención de construir una regla de interpretación uniforme respecto de las causales de denegación bajo este artículo[92].

Esta conclusión es compartida por Wires quien señala que, a pesar de la supuesta claridad en la redacción de la Convención mediante las palabras "de ese Estado", son muy pocas las cortes de ejecución que interpretan al orden público como local en relación con la causal del artículo V.2.b de dicho tratado[93]. Esto guarda concordancia con lo establecido por la Comisión Redactora de la Convención que, en su reporte, mencionó la intención de

89. *Cfr.* A. Maurer, *Public Policy Exception Under The New York Convention: History, Interpretation, and Application*, Juris Publishing, Inc., June, 2013 p.55.
90. Ibídem.
91. Ibídem.
92. *Cfr. supra* nota. 80
93. *Cfr.* J. Wires, *The Public Policy Sword and the New York Convention A Quest for Uniformity,* December, 2008 pp. 7-8.

limitar la aplicación de la causal de orden público a casos en los que el reconocimiento y ejecución[94] "sean abiertamente contrarios a los a los principios básicos de la cultura jurídica y el sistema legal del país donde se pretende su ejecución" . Es claro, entonces, que los redactores de la Convención pretendían ampliar el concepto de orden público a una perspectiva más global –considerando el orden público internacional–, restringiendo interpretaciones puramente localistas.

Es nuestro criterio entonces, que la Convención de Nueva York quiso dejar claro que, en la interpretación de la causal del artículo V.2.b no debe considerarse al orden público desde la perspectiva local o doméstica a la que nos hemos referido con anterioridad.

Entonces, ¿podemos concluir que el artículo V.2.b se refiere al orden público internacional únicamente? La respuesta, como en la mayoría de casos en el derecho, no puede ser absoluta.

Para ello, no podemos olvidarnos de las críticas que se ha hecho a la conceptualización del orden público internacional, como un maquillaje creado por los Estados para esconder al orden público doméstico. Sin embargo, como ya hemos estudiado con anterioridad, el orden público internacional no es una visión puramente subjetiva de lo que un Estado considera que debería entenderse como orden público a nivel internacional, sino que esté se informa de elementos como los principios del Derecho Internacional, las leyes de policía y las obligaciones internacionales de los Estados.

Tal vez, el ejemplo más claro de esta notada distinción entre el orden público doméstico y el internacional es el caso francés. En este sentido, el artículo 1502(5) del Nuevo Código de Procedimiento Civil francés establece, como causal de denegación de un laudo internacional, cuando "el reconocimiento y ejecución sea contrario al orden público internacional". No obstante, la jurisprudencia francesa ha sido tajante al considerar que al referirse a orden público internacional lo hace desde la perspectiva francesa de dicho concepto, mas no como una alusión al orden público realmente internacional[95].

94. Report of the Committee on the Enforcement of International Arbitral Awards, 28 March 1955, UN Doc. E/2704 and E/AC.42/4/Rev.1.
95. Sentencia en el caso *Lebanese Traders Distributors v. Reynolds de 27 Octubre de 1994*. Revista Arbitraje 1994 p .709.



Pese a ello, la tendencia a "realmente internacionalizar" el concepto de orden público es una eterna historia de cambio y evolución. Por ejemplo, críticos a la jurisprudencia francesa en torno al artículo 1502(5) del Nuevo Código de Procedimiento Civil francés como LALIVE y GAILLARD consideran, por ejemplo, que las normas mandatorias o leyes de policía –como las normas proyectivas a partes débiles o normas relacionadas al orden económico del Estado- no deben considerarse dentro del orden público internacional francés, sino únicamente cuando la violación a aquellas atienda a una violación de los principales valores de moral y de justicia[96].

Conclusión similar fue a la que llegó la Corte de Apelaciones de Estados Unidos del Segundo Circuito en el caso *Parsons & Whittemore Overseas Inc. v. RAKTA* cuando estableció que la denegación de ejecución de un laudo arbitral extranjero solo podía llevarse a cabo cuando dicha decisión viole las nociones más básicas de moralidad y justicia[97].

Estos conceptos de "nociones más básicas de moralidad y justicia" o "principales valores de moral y de justicia" nos son familiares. Y es que, como mencionamos en párrafos anteriores de este trabajo, el orden público verdaderamente internacional es aquel que recoge estas concepciones mínimas de moral y justicia. Entonces, ¿podríamos aseverar que el artículo V.2.b de la Convención de Nueva York se refiere al orden público verdaderamente internacional?

La doctrina ha sido clásicamente escéptica al considerar un conglomerado de principios universales dentro de la causal de orden público. Esto, señalando que su implementación a nivel internacional generaría dificultades tanto para las partes como los árbitros, especialmente para determinar cuando un principio puede considerarse "verdaderamente internacional"[98].

Sin embargo, otro sector ha considerado que su aplicación a la luz de la Convención de Nueva York es plenamente válida, siempre y cuando el

96. *Cfr.* P. LALIVE y E. GAILLARD, *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention In Practic*e, 2008, p. 793.
97. *Cfr. Parsons & Whittemore Overseas Inc. v. RAKTA*. 508 F.2d 969, 977 (2d Cir. 1974).
98. *Cfr.* A. BARRACLOUGHM y J. WAINCYMER, *Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration,* Melbourne Journal of International Law, 2005, p. 9.

conglomerado de principios de dicho orden público verdaderamente internacional sea desarrollado con mayor profundidad[99].

Desde nuestra perspectiva, la doctrina y jurisprudencia que hemos citado a lo largo de este trabajo muestra con claridad la inclinación de tribunales arbitrales y cortes de ejecución a crear estos principios que informen al orden público verdaderamente internacional; uno de ellos el estudiado a lo largo de este trabajo: la lucha contra la corrupción.

En esta línea, Curtin considera que la dificultad de aplicación o el carácter nuevo de una institución jurídica no pueden ser obstáculos para su inserción en el orden jurídico. Señala como ejemplo a la *lex mercatoria* y el escepticismo de la comunidad jurídica en aplicarlo como una fuente del Derecho Comercial Internacional en un inicio; versus su evolución a lo largo de los años para convertirse en un concepto claro y plenamente aplicable con la ayuda de los actores jurídicos y la jurisprudencia internacional[100]. Así mismo, considera que el concepto de orden público verdaderamente internacional irá desplazando a los conceptos de orden público doméstico e internacional, para convertirse en esa colección de principios considerados realmente internacionales frente a la comunidad internacional[101].

Concordando con Curtin, respondemos a la interrogantes planteadas en párrafos anteriores y consideramos que de ninguna manera el artículo V.2.b de la Convención de Nueva York se refiere de manera excluyente a la aplicación del concepto de orden público internacional. Si bien no consideramos pertinente asegurar que las cortes de ejecución deben abandonar inmediatamente el concepto de orden público internacional como causal de denegación; dicho abandono se dará de manera progresiva en razón de la necesaria aplicación del concepto de orden público verdaderamente internacional por las mencionadas cortes y tribunales. Esto permitirá la creación de un orden internacional de principios a ser respetados por las partes y los juzgadores a nivel global.

---

99. *Cfr*. J. Dolinger, *World Public Policy: Real International Public Policy in the Conflict of Laws*, 17 Texas Int. L. J., 1982, p.167.
100. *Cfr*. K. Curtin, *Redifining Public Policy in International Arbitration of Mandatory National Laws*, p. 283.
101. Ibídem.



4. Conclusión

A lo largo del presente trabajo hemos analizado las principales particularidades a tomar en cuenta por un tribunal cuando una controversia en la que se han suscitado actos de corrupción es sometida a su decisión. De la misma manera, hemos realizado un análisis parecido en relación con el proceso de ejecución de un laudo con estas particularidades frente a las cortes locales.

Para ello, dividimos nuestro trabajo en dos capítulos. En el primero de ellos analizamos de manera introductoria a los actos de corrupción en el comercio internacional, la manera en la que se desarrollan en la práctica, así como también los esfuerzos normativos internacionales que se han desarrollado con el fin de fortalecer la lucha en su contra en el comercio internacional.

Así mismo, nos introdujimos en un estudio preliminar del concepto de orden público. Nuestro análisis sacó a relucir sus tres facetas: el orden público interno, el internacional y el verdaderamente internacional o transnacional. Así mismo, nos introdujimos en un estudio preliminar del concepto en evolución dentro del comercio internacional que pretende generar un conglomerado de principios que rijan las relaciones privadas transfronterizas. En este sentido, concluimos que dicho conglomerado se compone de un conjunto de principios y valores supra constitucionales –como es el caso de la lucha contra la corrupción- que rigen el comercio internacional y que deben ser respetados por todas los Estados con el fin del buen desarrollo de las relaciones comerciales. Puntualizamos, además, la importancia que surge de su aplicación en materia arbitral y cómo los tribunales arbitrales internacionales ejercen la función de guardianes e integradores del orden público transnacional al dirimir una controversia.

Este estudio introductorio nos llevó a nuestro segundo capítulo, en el que esbozamos las particularidades a tomar en cuenta por un tribunal arbitral cuando se encuentra frente a una controversia que incluye actos de corrupción. Subdividimos nuestro estudio en cuatro partes principales.

La primera de ellas se encargó del estudio de los aspectos jurisdiccionales respecto del proceso arbitral y, en especial, determinar la arbitrabilidad de la materia en discusión. Con base en un análisis de doctrina y juris-



prudencia arbitral internacional concluimos que los tribunales arbitrales deben declararse competentes para conocer sobre las controversias que incluyen actos de corrupción. En esta línea, concluimos que las controversias contractuales que incluyen actos de corrupción, constituyen materia arbitrable, justamente por tratarse de una relación negocial en la que, el límite del tribunal arbitral serían las sanciones civiles a dicho negocio jurídico. Nos apoyamos, además, en los principios *kompetenz-kompetenz* y de separabilidad de la clausula arbitral, en virtud de los cuales el tribunal arbitral es el ente exclusivo facultado a decidir sobre su propia competencia, situación sobre la cual puede inclinarse favorablemente, incluso si el contrato principal adolece de un vicio insubsanable –como sería la ilicitud de su objeto en relación con los actos de corrupción– que lo torne nulo.

Posteriormente, nos adentramos al análisis de las particularidades que debe tomar en cuenta el tribunal en el laudo de fondo. Notamos que, en la mayoría de la jurisprudencia analizada, los tribunales arbitrales declararon la nulidad de los contratos materia de la controversia, considerando que los actos de corrupción mediante los cuales el contrato fue procurado, eran contrarios a la ley aplicable al fondo, así como también laudo válido y ejecutable la luz de las disposiciones de la Convención de Nueva York.

Proseguimos con la tercera parte del capítulo en donde esbozamos el que, a nuestro criterio, debe ser el rol a tomar en cuenta por parte de los árbitros en un proceso con estas particularidades. Concluimos que, tanto en la etapa jurisdiccional como en la de fondo, el tribunal debe obrar mediante un rol activo. Respeto de la jurisdicción consideramos que, con base en los principios del derecho arbitral –*kompetenz-kompetenz* y separabilidad– el tribunal debe declararse competente para conocer las controversias de este tipo y evitar una situación de indefensión como la ocurrida en el enigmático caso CCI No.1110. Respecto al fondo, concluimos que el rol activo que debe tener el tribunal arbitral requiere una actitud inquisitiva. Esto significa que el tribunal debe incorporar al proceso los hechos de corrupción, incluso cuando las partes no los alegaren expresamente. Agregamos además, que dicha actitud inquisitiva debe incluir la solicitud de pruebas pertinentes y, de evidenciarse la corrupción, culminar con la sanción del contrato. Concluimos también, que es necesaria una actitud proactiva por parte de los Estados en cuanto a tomar medidas legislativas en pro de la lucha contra la corrupción para facilitar la actividad de los árbitros al momento de laudar.



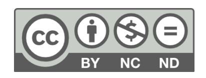
Por último, nos adentramos al estudio de las implicaciones que derivarían de controversias que implican actos de corrupción en su fase de ejecución a la luz de la Convención de Nueva York, en especial el artículo V.2.b. Para ello dividimos nuestro análisis en dos partes. La primera analizó los casos *Westacre Investments Inc. C. Jugoimport-SDRP Holding Co Ltd. y Hilmarton c. OTV,* en los cuales la parte que se oponía a la ejecución del laudo se fundamentó en la causal del artículo V.2.b, alegando actos de corrupción y violaciones a la legislación aplicable. La segunda, por su parte, se enfocó en determinar a qué faceta del orden público se refiere el dicho artículo del mencionado cuerpo normativo.

En la primera parte de este capítulo realizamos un análisis crítico de las sentencias antes mencionadas. Concluimos que, a nuestro criterio, las cortes inglesas erraron en su interpretación y aplicación del artículo V.2.b, que les llevó a concluir que los laudos eran ejecutables pese a las alegaciones de corrupción de la parte accionada. En este sentido, denotamos que el error consiste en aplicar una extrema deferencia a la decisión del tribunal arbitral en relación con las alegaciones de orden público a la luz de la legislación aplicable y la supuesta re-apertura de los méritos de la controversia. Nuestro cuestionamiento se fundamentó en que la corte de ejecución debe analizar el laudo como una realidad jurídica a la luz de su ordenamiento jurídico y de su visión del orden público, y no únicamente como una pieza procesal independientemente de la opinión que, al respecto de la legislación aplicable al contrato, haya tenido el tribunal arbitral. Aclaramos que esta posición de ninguna manera se constituye en una re-apertura de los méritos de la controversia repudiada por la Convención de Nueva York, sino únicamente en el control estatal –que no implica volver a decidir, sino determinar la admisibilidad o inadmisibilidad de la acción- que debe realizar la corte de ejecución respecto al laudo que pretende introducirse en su jurisdicción para ser ejecutado.

En relación con la segunda parte, sobre la base de la jurisprudencia que aplica el artículo V.2.b de la Convención, concluimos preliminarmente que dicho cuerpo normativo excluye la aplicación del orden público local o doméstico. Dicha conclusión se basó, primordialmente, en el reporte de la Comisión Redactora que estableció la necesidad de considerar a la causal de manera internacional y flexible. Denotamos, además, que la mayoría de cortes de ejecución –liderada por la corriente francesa- aplican la visión del orden público internacional a la causal en discusión. Sin embargo, puntuali-

zamos lo que, a nuestro criterio, se muestra como una tendencia jurisprudencial arbitral y doctrinaria de incluir dentro de la causal del artículo V.2.b al orden público transnacional. Para el efecto, señalamos la tendencia doctrinaria enfocada en evitar la inclusión de conceptos puramente domésticos –como las leyes de policía– en la interpretación del orden público internacional; tendencia que se compadece con los numerosos laudos arbitrales que fundamentan sus decisiones en el orden público verdaderamente internacional.

Por ello, concluimos que, sino exclusivamente, al menos mayoritariamente las cortes locales deben interpretar la causal del artículo V.2.b de la Convención de Nueva York a la luz del orden público transnacional, lo cual permitirá generar un conglomerado de principios y estándares internacionales a ser seguidos por partes, cortes y tribunales en el desarrollo del comercio internacional.



Procesos constitucionales y procesos arbitrales: ¿agua y aceite?

*Francisco González de Cossío**

SUMARIO: 1. Introducción. **1.1** Propósito. **1.2** La idea. **1.3.** El actual planteamiento es cuestionable. **2.** Una mejor visión. **2.1.** Hermanos, no detractores. **2.2.** Procesos constitucionales. **2.3.** Arbitraje. **2.4.** Compatibilidad de las instituciones jurídicas. **3.** Implementación de la mejor visión. **3.1.** ¿El árbitro como parte del sistema de tutela de derechos fundamentales? **3.2.1.** Conceptual: epistemología de los mecanismos de solución de controversias. **3.2.2.** Pragmática: el costo social del galantismo. **3.5** ¿Control constitucional de los árbitros? **3.5.1.** Efecto en la causal de orden público. **4.** La visión defendida merece ser seguida. **4.1.** Explicación. **4.2.** Aclaración. **4.3.** Controlemos menos para tutelar más. **5.** Conclusión.

1. Introducción

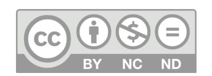
1.1. Propósito

El objeto de esta conferencia es ofrecer una postura sobre un tema que aqueja la región latinoamericana: la relación entre los procesos constitucionales y arbitrales.

Se está librando una batalla intelectual interesante en nuestra región. La batalla es importante. La batalla es disímbola. La batalla es trascendente: de su resultado dependerán muchas cosas. Actualmente la batalla ostenta tanto victorias como derrotas. Éxitos y fracasos. Héroes y heridos —inclusive muertos. Consiste en cómo se conjugan los procesos constitucionales y los procesos arbitrales.[1]

* GONZÁLEZ DE COSSÍO ABOGADOS, SC, Ciudad de México (www.gdca.com.mx). Árbitro y postulante. Profesor de arbitraje y competencia. Las apreciaciones (particularmente críticas) sobre esta propuesta son bienvenidas a fgcossio@gdca.com.mx. Este ensayo documenta la conferencia magistral 2014 del CRECIG, Guatemala.

1. Anexo una relación que describe genéricamente el estatus que este tema guarda en diversas jurisdicciones



Este ensayo busca jugar un papel en dicha batalla —y el papel será el de un conciliador. Un avenidor. Un buen componedor. El motivo no sólo obedece a la consideración evidente (dialogar en vez de pelear. Construir en vez de destrui), sino la convicción que *ambas instituciones jurídicas tienen un papel importante que jugar*, y que no tienen por qué contraponerse. Más aún, *el planteamiento actual del tema no es obligado, es destructivo y es lamentable.* Lo que es peor, condena a ambos a un resultado que desfavorece a quien debería tener en mente: el gobernado. El tutelado. El "consumidor" de dichos procesos. Para explicar por qué, a continuación describiré brevemente el escenario que estamos viviendo y cómo es producto de un planteamiento cuestionable [1.3.], no sin antes adelantar la idea que pretendo defender [1.2.] Luego procederé a dar los cimientos de la idea [2], cómo implementarla [3], y por qué considero que constituye un mejor resultado que el que invita la discusión actual [4].

1.2. La idea

La idea que pretendo defender es que uno puede ser partidario del garantismo, sentirse estimulado por el neo constitucionalismo, entusiasta de la expansión de la tutela constitucional y convencional, tanto nacional como supranacional, y un convencido de la importancia de los derechos fundamentales y los tribunales constitucionales, y aún así defender la noción que no deben interferir en —y mucho menos obstruir— procesos arbitrales. El motivo: cada uno juega un papel importante y diferente —*¡y complementario!*

Más aún, dado el estado de eficacia de los procesos constitucionales en la región, no adoptar la postura defendida tiene por efecto [1] *entorpecer* los procesos en las relaciones de coordinación (incluyendo el arbitraje), [2] *distraer* los procesos constitucionales al incluir dentro de su ámbito de atención áreas que los necesitan menos, y [3] *diluir* los recursos disponibles para procesos constitucionales, al ser empleados en áreas donde se requieren menos, distrayéndolos de las áreas donde se necesitan más.

Latinoamericanas. El objetivo no es dar una opinión exhaustiva, sino fundamentar y permear el punto al que aludo en el texto: su caleidoscópico *statu quo* en la región.

1.3. El actual planteamiento es cuestionable

En su mayoría, el planteamiento actual que observo despierta, en su aspecto analítico, lo que en la lógica llamamos un "falso dilema"[2]. Y en su aspecto retórico, lo que los psicólogos llaman un diálogo de sordos.

La mayoría de los intelectuales que han adoptado posturas sobre este tema son catalogables en uno de dos bandos: los constitucionalistas y los arbitralistas. Y las posturas que adoptan tienden a dar preferencia a la disciplina sobre la cual se especializan, buscando supeditar la otra.

Postulo que ello es tan cuestionable como lamentable.

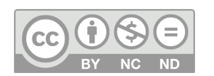
Es *cuestionable* pues el análisis de supeditación —quién o cuál es más importante— es un ejercicio intelectualmente arduo y poco meritorio. Algo así como discutir sobre qué es más importante, un martillo o un desarmador.

Respetuosamente, expender energía para defender uno u otro es desperdicio. Dirigir energía a un fin banal. El análisis de supeditación no deja nada. Usemos nuestras (escasas y valiosas) armas intelectuales para fines que los justifican – y de preferencia fines constructivos.

Es *lamentable* pues sesga análisis y arroja resultados indeseables. Si se prefiere al arbitraje, los paladines del constitucionalismo detractarán y se preocuparán – y con razón. Si se prefiere el constitucionalismo, los arbitralistas se inquietarán por su impacto en la eficacia del arbitraje.

¿Por qué no mejor reconocer que *ambos juegan un papel importante y distinto.* En sus respectivas esferas de aplicabilidad, cada instrumento tiene un propósito que guarda un común denominador y una diferencia. La diferencia es el derecho que aplican. El común denominador es que ambos *buscan (eventualmente) lo mismo*: respeto del Derecho. Ambos son aliados del Estado de Derecho. Ambos son instrumentos que, en sus respectivas áreas de aplicación, tienen un valor que dar, una misión que cumplir. Por ende, verlos como enemigos es artificial. Es ver gigantes donde hay molinos. Y al margen del yerro conceptual, existe un resultado pragmático lamentable: da municiones para el uso fariseo (abusivo y obstructivo) del Derecho.

2. Véase, Garantismo y Arbitraje: un Falso Dilema, XIII Congreso Nacional de Abogados de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C. (San Luis Potosí, mayo 2012), y su *post scritum* (ambos visibles en www.gdca.com.mx).



2. Una mejor visión

2.1. Hermanos, no detractores

En vez de dirigir nuestras armas los unos a los otros, los constitucionalistas y los arbitralistas deberíamos entender que somos aliados en un mismo fin. En vez de enfrentar, deberíamos colaborar. En lugar de guerras intelectuales fratricidas, deberíamos reconocer que compartimos un mismo ideal: el *respeto por el Derecho*. La procuración de un Estado de Derecho. El que sea una rama diversa del Derecho no cambia que es parte *del* Derecho.

Los procesos constitucionales tienen por objeto defender derechos fundamentales. Los procesos arbitrales tienen por objeto defender derechos de otra índole, contractuales o *ex lege*. Pero derechos al final del día.

Cuando olvidamos lo anterior, distraemos. Dirigimos nuestras armas intelectuales entre nosotros, en vez de dirigirlas hacia el verdadero enemigo. Al hacerlo, desperdiciamos el filo de nuestras navajas en batallas entre pares. Y para cuando debemos enfrentar al verdadero enemigo, las navajas están desafiladas.

Si el lector está dispuesto a aceptar esta relectura, paso a explicar cómo lograrla.

2.2. Procesos Constitucionales

La idea de la Constitución es poderosa y estimulante. Tanto en su aspecto *sustantivo* (la existencia de un puñado de principios universalmente aceptados como importantes – los "derechos fundamentales") como *adjetivo* (la Garantía Jurisdiccional de la Constitución). Sea que se trate del modelo austriaco, concentrado, o del modelo americano, difuso, la posibilidad de sujetar a control constitucional el ejercicio del poder es una de las grandes victorias de la ciencia del Derecho. El objetivo: que la Constitución sea un instrumento *viviente*—no sólo *vigente*.

2.3. Arbitraje

El arbitraje, en su esencia, descansa en la libertad[3], tanto contractual como procesal. La posibilidad de escoger una forma de encausar y resolver problemas diversa a la ofrecida por el Estado. Además, dadas sus características, el arbitraje se funda también en la certeza y seguridad jurídica.

La idea es sencilla, pero poderosa. El Estado ofrece *una* infraestructura para resolver problemas — la justicia estatal. Dicha opción, como toda opción, tiene características: ventajas y desventajas. Por definición ello la hace apta, idónea, para cierto tipo de problemas. Pero también por definición no es adecuada para otros[4]. Es ello lo que logra el arbitraje: la posibilidad de hacer uso de la libertad contractual para moldear una solución a las necesidades del problema. *Inter alia* permite elegir el intelecto de quien actuará como juzgador (el árbitro) y confeccionar un proceso como traje a la medida para lo que necesita[5].

2.4. Compatibilidad de las instituciones jurídicas

Entendida la razón de ser de cada institución jurídica, ¿es incompatible el ideal de control de poder con el ideal de libertad?

Postulo que la respuesta es negativa. Ambos ideales no solo no se contradicen, *se refuerzan*. La libertad de encausar y resolver una disputa en forma diversa a la generalmente disponible es perfectamente compatible con la [estimulante] idea que el poder debe ser ejercido conforme a cierto cauce. Que hay principios elementales, fundamentales, que nos aplican a todos, y que permean en todos los sistemas, por lo que irradian aplicación a todos. Y dichos principios son, como explica elocuentemente Dworkin, "cartas de triunfo frente a las mayorías"[6]. "Derechos que nos corresponden universalmente a todos en cuanto dotados del estatus de personas" adoptando la definición de Luigi Ferrajoli[7]. "Intereses fundamentales para

3. Para una lectura fresca y estimulante sobre esta noción, ver J. Paulsson, The Idea of Arbitration, Oxford University Press, 2013.
4. Al respecto, véase el capítulo II de Arbitraje, Ed. Porrúa, México, DF, 4ª edición, 2014.
5. Desarrollo esta idea, como punto de partida de toda mi obra, en Arbitraje, Ed. Porrúa, 4ª edición, 2014.
6. R. Dworkin, Taking Rights Seriously, Harvard University Press, USA, 1978.
7. Derecho y Garantías. La Ley del Más Débil, Editorial Trotta, Madrid, 2010, p. 37.

el florecimiento del humano", como los concibe John Finnis[8]. O el "Conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo" como explica la Ministro de la Suprema Corte de Justicia de México, la doctora Margarita Luna Ramos[9].

Lo anterior debe servir de punto de partida analítico, pues es la esencia de ambas instituciones. No hacerlo arroja un resultado que dista de estar en sintonía con el *leitmotif* de cada institución jurídica. Dicha esencia debe siempre tenerse presente pues, como se ha explicado antes, una concepción diversa tiene (ha tenido) por efecto que, lo que en verdad son hermanos en ideales, se tornen en enemigos conceptuales.

Postulo que dicha compatibilidad existe inclusive ante la expresión más estimulada de la idea de la Constitución. Después de todo, la libertad (implícita en la idea del arbitraje) es uno de los derechos más caros de todos los instrumentos constitucionales.

3. Implementación de la mejor visión

Aceptado el punto de partida, la pregunta obligada es "cómo". ¿Cómo lograr la postura por la que abogo?

Propondré una senda a partir de tres puntos de intersección de ambas disciplinas que propician dudas que la implementación de la visión tendría que resolver:

a) ¿Cuál es el papel del árbitro en el sistema de tutela de derechos fundamentales?

b) ¿Es necesario control constitucional de la actividad de los árbitros?

c) ¿Qué efecto tiene mi visión en la causal de orden público?

8. J. Finnis, Human Rights and Common Good, Collected Essays: Volume III, Oxford University Press, p. 28.
9. M. Luna Ramos, Las Personas Morales ¿tienen derechos humanos?, El Universal, 6 de mayo de 2014, sección de Opinión, p. A18.

A continuación propongo respuestas que someto a la consideración de este público.

3.1. ¿El árbitro como parte del sistema de tutela de derechos fundamentales?[10]

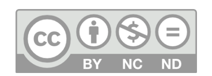
Vista desde la perspectiva constitucionalista, la idea que aquí planteo exige responder la pregunta '¿qué papel deben jugar los tribunales arbitrales en el sistema nacional e internacional de tutela de derechos fundamentales?' Si la obligación de hacer control difuso de constitucionalidad y convencionalidad aplica a los tribunales arbitrales. Si el "bloque de constitucionalidad" y "bloque de convencionalidad" es parte del "Derecho" que el árbitro privado debe aplicar para resolver el caso concreto[11]. Si el árbitro debe entenderse como "juez interamericano" humanitario, y por ende aplicar el corpus iuris trasnacional[12] que está en vías de tejerse – uno de los desarrollos jurídicos más estimulantes de los últimos tiempos.

Postulo ante este foro de expertos que la respuesta debe ser negativa. El motivo es tanto conceptual como pragmático. Me explico.

3.2.1. Conceptual: epistemología de los mecanismos de solución de controversias

Los mecanismos alternativos de solución de controversias, incluyendo el arbitraje, son una opción. Una alternativa a la regla que todos tenemos el derecho fundamental a obtener tutela judicial del Estado. Dicho

10. La forma en que he planteado la pregunta es cuestionable, lo admito. Si lo he hecho así obedece a que deseo adoptar el ángulo analítico más difícil de defender, pero más estimulante, y desde la perspectiva de la postura constitucionalista.
11. Ello incluiría el "diálogo jurisprudencial" regional y nacional al que alude E. Ferrer Mac-Gregor, (Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional, UNAM, Ed. Marcial Pons, México, 2014 p. 681). Incluiría el derecho escrito y jurisprudencial del sistema jurídico involucrado, el corpus iuris humanitario (tanto interamericano como comparado – europeo y africano – cuando orientativo).
12. Nótese el término, que no recibe eco en la literatura especializada sobre el tema. Mientras que algunos hablan de un "Derecho Público Interamericano" (v.gr., Ferrer Mac-Gregor, *ob. cit*., p. 681), utilizo el término "trasnacional" para hacer aplicable las ideas de P. C. Jessup (Trasnational Law, Yale University Press, New Haven, 1956) consistentes en la universalidad de los problemas que aquejan a la humanidad, y cómo el derecho que cada sistema destila es uno, trasnacional, que corta transversalmente a todos los sistemas jurídicos. La idea me ha estimulado desde hace mucho en esencia por dos motivos. Primero, su visión macro, mundialista, de la humanidad, que resta importancia a las (artificiales) fronteras y evita caer en nacionalismos – lo cual tanto daño nos ha hecho. Segundo, porque invita un uso diestro y pragmático



derecho es una opción. Y dicha opción tiene características que lo hacen idóneo para ciertos casos, e inútil para otros. Es decir, el proceso judicial, como todo instrumento, es por definición ideal para cierto tipo de problemas, y también por definición no es ideal para otros[13].

Los problemas deben ser analizados como patologías. Deben palparse a efecto de discernir qué medicina necesitan: litigio, arbitraje, mediación, conciliación, peritaje o *dispute boards.* Se trata de medicinas distintas para males distintos. El motivo: cada figura aporta un valor diverso. Y dentro de dicho valor no está el de ser parte del sistema interamericano de tutela de derechos fundamentales. Visto desde la (aguda) perspectiva de Salvatore Natoli y Luigi Ferrajoli[14], el "dolor" que busca colmar es diverso. No se trata de un dolor *infligido*, sino un dolor *sufrido*[15].

Esto no quiere decir que los árbitros violen derechos fundamentales. Quiere decir que no son el instrumento para garantizarlo. Este punto es sutil, pero importante. Un derecho puede ser tutelado desde ángulos distintos[6]. Pero ello no quiere decir que todos los ángulos requieran los mismos recursos procesales.

La postura anterior se complica en los sistemas jurídicos donde existe control difuso. De hecho, tengo que admitir que la exposición tiene un ligero sesgo:

---

de la disciplina del Derecho Comparado. En mi opinión, la utilidad mayor del Derecho Comparado es que permite aprender de la experiencia ajena, evitando repetir errores. Permitiendo confeccionar mejores soluciones (regímenes jurídicos) cuando se capitaliza en la sabiduría derivada de la experiencia ajena.

13. Esta apreciación es frecuentemente pasada por alto, particularmente por los detractores del arbitraje. Para estos personajes, el arbitraje no sirve para nada. Y si se escuchan sus motivos, el pensador cauteloso se percatará que son técnicamente inadecuados, con frecuencia consisten en exposiciones incompletas (muchas veces, desinformadas) de temas o casos de arbitraje, y muchas una (a veces iracunda) predisposición en contra. Considero que ello es lamentable. Los mecanismos alternativos de solución de controversias, incluyendo el arbitraje, son herramientas útiles para ciertos casos, e inútiles para otros. Ello, respetuosamente, es la exposición objetiva y correcta del punto. Y la apreciación también se extiende al litigio: es ideal para ciertos casos, y subóptimo para otros. Cuando un abogado se ciega a esto, lo único que logra es cerrarse puertas – y a sus clientes. Querrá decir que hay un universo de casos que está mal aconsejando, pues eran mejor encausados por vías distintas al litigio.
14. Derecho y Dolor. La Crisis del Paradigma Constitucional, en El Canon Neoconstitucional, Universidad del Externado de Colombia, Serie Intermedia de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho número 8, Bogotá, Colombia, 2010, p. 145.
15. Ferrajoli hace eco de la justificación del Derecho que S. Natoli propone: como solución a dos tipos de dolores: el "sufrido" y el "infligido". El primero es natural, el segundo causado por el hombre.
16. Por ejemplo, la vida, que puede ser tutelada desde la perspectiva de derecho constitucional, convencional (artículos 4 y 5 del Pacto de San José) y penal (sancionando el homicidio: artículo 302 del Código Federal Penal). La propiedad: artículo 27 de la Constitución, artículo 21 del la Convención Americana de Derechos Humanos y artículo 367 del Código Federal Penal (que sanciona el robo).

proviene de un abogado educado en el modelo concentrado de control constitucional[17]. Con mis antecedentes, la exposición anterior tiene un ángulo diverso al que probablemente adoptaría un practicante o juzgador entrenado y acostumbrado al control difuso[18]. ¿Quiere lo anterior decir que la idea aquí presentada es inaplicable a los sistemas con control difuso? Propongo que no. En dichos casos, el árbitro realizaría una interpretación conforme[19], que no estaría sujeta a los mecanismos, recursos de alzada, del control constitucional. El árbitro aplicaría la jurisprudencia interamericana y local constitucional y convencional como parte del "Derecho" aplicable para resolver la controversia. Pero el laudo no sería revisable en cuanto a ello, pues dicho ejercicio estaría revestido de 'finalidad', como una cuestión de derecho sustantivo[20].

---

17. Hasta 2011 México siguió un sistema de control constitucional concentrado. A partir de entonces es mixto: coexisten el control concentrado (por jueces constitucionales) y difuso (que aplica a todas las autoridades en el ámbito de sus competencias).
18. Por ejemplo, proveniente de República Dominicana o Perú. Estoy en deuda con el Magistrado E. Alarcón, la doctora M. Fernández y J. R. Feris por sus amables (pero arduos) comentarios sobre el tema desde la perspectiva de República Dominicana. A su vez, con A. Bullard por sus apreciaciones desde la perspectiva peruana.
19. No podrían analizar la validez de leyes con efectos erga omnes, lo cual corresponde a tribunales constitucionales. Lo más que podrían hacer es una interpretación conforme, incluyendo (en casos extremos) la no aplicación en el caso concreto de una norma considerada inconstitucional.
20. En este contexto se torna relevante la postura vertida por el Dr. L. Pereznieto Castro, en El Control Difuso por Tribunales Arbitrales (La Barra, Revista de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, No. 92, Julio-Octubre, 2014, p. 10). Dicho jurista hacer ver que el árbitro puede tener quehacer control difuso. Su análisis —que entiendo como el comienzo, no fin, de una discusión— pone el dedo en la llaga del gran tema a resolver. Del mismo tengo similitudes, diferencias y puntos que someto a su respetada consideración.
    Similitudes: Comparto su apreciación que el ejercicio puede ser resultado del Derecho aplicable (§4(b), p. 13). Al hacerlo, invito a quienes difieran a que consideren que esto es parte del nuevo paradigma que se suscita por la adopción por México del modelo mixto de control de constitucionalidad y convencionalidad. No podemos cerrarnos los ojos al tema. El Dr. Pereznieto hace bien en iniciar esta discusión. Sin embargo, al día de hoy, dicha postura tiene que tomar en cuenta que el control difuso en México es una obligación impuesta a autoridades (Art. 1, para 3, de la Constitución). Siendo que el árbitro ha sido consistentemente entendido como que no actualiza la hipótesis de 'autoridad' (ni para efectos de amparo, ni para otro fin), ¿cómo se justificaría el ejercicio?
    Diferencias: el árbitro no es "auxiliar de la justicia"; no forma parte del aparato estatal de forma alguna – incluyendo la (amorfa) noción de auxiliar de la justicia que en el pasado ha servido para remediar otros problemas en la aplicación del juicio de amparo.
    Proposiciones: (1) la apreciación que el control difuso del árbitro es más amplio de lo que puede ejercer un juez local (id., p. 14) es matizable en que no admite generalización. Por un lado, el árbitro que aplica Derecho del país *X* cuyos jueces constitucionales han, por ejemplo, declarado la invalidez de una norma con efectos erga omnes, tendría que acatar dicha decisión, producto del sistema que conforma el "Derecho" que aplica. (Pero propondría que no es revisable en el contexto del juicio de nulidad o no ejecución. Para una postura contraria, ver el caso peruano desde el caso *María Julia,* que permite revisión del laudo para cerciorar que no se viola un precedente del Tribunal Constitucional de observancia obligatoria.) Aunado al hecho que el árbitro no puede declarar la invalidez de normas inconstitucionales o inconvencionales, ello militaría a favor de considerar que la apreciación no es correcta. Por otro, el árbitro no está maniatado ante las determinaciones sobre inconstitucionalidad o inconvencionalidad de los juzgadores locales. Esta es la esencia de la (profunda, estimulante y frecuentemente malentendida) postura por la que aboga J. Paulsson en su debate con P. Mayer (J. Paulsson, *Unlawful Laws and the Authority of International Tribunals*, 23 ICSID Review 215 (2008); P. Mayer, *L'arbitre inernational et la hiérarchie des normes, Revue de l'arbitrage,* 2011 p. 361 y J. Paulsson, *The*

Auguro que esta postura hará hervir la sangre de algunos: ¿O sea que los árbitros privados aplicarán derecho constitucional sin estar sujetos a los mecanismos procesales que se cercioran que el mismo está correctamente aplicado –mismos que aplican a los jueces mismos?[21] Respuesta: "sí". Motivo: porque el laudo es final. Porque ese fue el deseo de las partes al optar por un mecanismo *alternativo* de solución de controversias. ¿Alternativo a qué?– Al sistema judicial. Cualquier postura distinta sería contraria a la voluntad de las partes. Si una parte se somete al arbitraje, que es uni-instancial, es porque desea que todo sea resuelto en una sola instancia –incluyendo el Derecho público aplicable.

3.2.2. Pragmática: el costo social del garantismo[22]

Con todo el respeto que tengo a los teóricos y practicantes de los procesos constitucionales, existe un problema serio que nos aqueja, y que no sólo no se ha remediado, sino que todo parece indicar que distamos de arrojar síntomas de mejoría en el futuro no sólo inmediato, sino mediato.

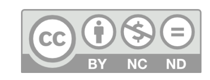
Como regla, l*os procesos constitucionales de nuestra región tienen un margen alto de ineficacia.* Me he abocado a estudiar los procesos constitucionales en la región. Sin ostentarme como experto, detecto cinco constantes se relacionan con nuestro tema y que han tenido por efecto mermar seriamente su eficacia:

Idea of Arbitation, p. 231 *et seq*) y que el Dr. Pereznieto permea (id., pp. 13-14). Lo profundo y estimulante (además de precioso, para mi gusto) de la (controversial, pero inadvertida para muchos) postura de es que da margen de maniobra al árbitro internacional para evitar ser forzado a ser parte del Derecho como instrumento de opresión, lo cual *ex hypothesi* significa que algo anda mal con el funcionar del Poder Judicial local – algo que lamentablemente sigue pasando en algunas equinas del mundo.

(2) El que el árbitro pueda estar obligado a efectuar control difuso no depende de la sede sino del Derecho *sustantivo* aplicable, incluyendo si el Derecho en cuestión lo exige; mas no por la sede – que no es más que el vínculo que ata un tribunal arbitral a un derecho *arbitral* local. Dicho de otra manera, un árbitro con sede en un país donde no exista control difuso puede no obstante ello tener que efectuar control difuso cuando el Derecho aplicable sea de otro país que así lo exige. Y viceversa. La sede no es dispositiva de dicha cuestión. (Me interesará conocer la respetada opinión del Dr. Pereznieto sobre las anteriores reflexiones.)

21. Nótese que planteo la pregunta de la forma más provocadora posible. El motivo obedece al principio de argumentación que exige vencer un argumento en su expresión más robusta, no más débil. Una expresión menos escandalosa podría ser "¿El principio de finalidad del laudo se extiende también a las cuestiones de derecho constitucional o convencional, cuando aplicable?".
De hecho, existe una corriente de opinión que considera que existe un 'derecho humano arbitral': el derecho fundamental a contar con procedimientos arbitrales libres de intervención judicial. (Véase, el Derecho Humano Arbitral, Boletín del Centro de Arbitraje de la Industria del a Construcción (mayo 2013), visible en www.caic.org.mx). Para conocer la respue sta judicial a dicha teoría, véase El Derecho Humano Arbitral, (XIV Congreso Nacional de Abogados, 7 y 8 de Noviembre de 2014, visible en www.gdca.com.mx).

22. Para abundar sobre esto, ver El Costo Social del Garantismo, XIV Congreso Nacional de Abogados, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Puebla, 7 y 8 de noviembre de 2014.



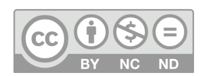
i) *Dilución:* como dice el viajo adagio "el que mucho abarca, poco aprieta". Cuando una misma herramienta se utiliza para todo tipo de fines, el resultado es que se mal emplea. Se diluye. Ello ha acontecido con los procesos constitucionales. Al hacerlos aplicables a áreas distintas a su núcleo duro, el resultado es que se merma la energía disponible. Se expenden recursos en espacios que no los necesitaban tanto – inclusive que no los justifican. Y siendo que los recursos son finitos[23], el resultado natural es que se distraen de donde se deberían enfocar. De las áreas en las que se deberían concentrar.

ii) *Procesalitis:* con frecuencia el régimen aplicable a los procesos constitucionales es formal y obeso. Se observa una enorme sobre-regulación de todos los aspectos del proceso. Y entre más forma y requisitos, más probabilidad de error. Aunado al fetish por la formalidad, ello tiene por efecto dar múltiples ocasiones para obstruir

iii) *Exceso de recursos:* la mayoría de los sistemas de derecho procesal constitucional suelen contar con una cantidad enorme de recursos intraprocesales – además de los recursos aplicables una vez concluido el proceso. Ello impacta seriamente su eficacia, pues muchos de los recursos suelen suspender el proceso mientras se admiten o deciden. Ello tiene un doble efecto. Primero, logra el objetivo de una parte que desea obstruir. Segundo, le complica la labor al juez. El juzgador que tiene que visitar y adentrarse a un expediente muchas veces es mucho menos eficaz que el juzgador que lo hace una sola vez. Y si ello se multiplica por el número de casos que cada juzgador tiene, el resultado natural es sobre-saturación[24].

Aunado a la (enorme) sobre-regulación (comentada en el punto anterior) ello resulta en [1] suspensiones de procesos para atender recursos intraprocesales; [2] repeticiones (a veces múltiples) de los procesos en todo

23. Y los recursos siempre son finitos, especialmente los recursos públicos; y especialmente es países en vías de desarrollo.
24. Es decir, no sólo saturación, sino saturación que no se justifica. Que es innecesaria.



o en parte; y [3] tácticas dilatorias diversas que capitalizan dichas suspensiones y repeticiones, para procurar retrasar o descarrilar procesos[25]. Y con mucha frecuencia por aspectos que no lo justifican[26].

iv) *Tolerancia del abuso de proceso:* por motivos que no acabo de entender, los latinoamericanos tendemos a tolerar el abuso de proceso. La parte que obstruye procesos es solapada. Fuera de comentarios académicos y en foros, los juzgadores latinoamericanos (incluyendo árbitros) tienden a no hacer nada ante abuso procesal[27].

v) *Costas:* un caso particular de lo anterior que merece mención independiente es la distribución de costas. Por lo general, los fallos (sentencias o laudos) hacen poco análisis sobre la distribución de costas, y con frecuencia los montos pueden ser importantes. Como resultado, no sólo toleran abuso de proceso, ¡sino que lo incentivan! El motivo: cuando el costo de un proceso no es atribuido a quien lo genera, se impone un costo sobre la parte que litiga con decencia que es generado por la parte que propicia los costos. Ello incentiva litigio 'sucio' pues hace que la estrategia dominante ante el mismo sea incurrir en el mismo.

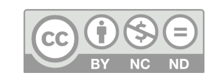
Aunque diferentes sistemas jurídicos locales actualizan en forma diversa lo anterior, casi todos adolecen de alguna manera u otra de todos los síntomas indicados. Y la gran constante es que dichos procesos:

a) *Están disponibles para pocos:* Sirven en su mayoría a quienes tienen la posibilidad económica de contar con un abogado especializado (y oneroso). Como resultado, para una buena parte de la población de nuestra región, los derechos fundamentales no son

25. Un efecto secundario pero importante de esto es que los procesos pierden su 'tempo'. La atención eficiente de un expediente requiere que la atención se concentre para procurar resolverlo en una sola ocasión. No lograrlo resulta en desperdicio de energía, atención y tiempo. Y la calidad de los fallos con frecuencia se ve mermada por ello.

26. La regla consistente en que una violación formal de *minimis* no justifica cuestionar, anular o repetir todo un proceso es de excepcional aplicación. Se postula que para que una violación procesal justifique la nulidad del proceso o su consecución de *novo*, debe lesionarse seriamente un derecho procesal. Las violaciones de *minimis* deben ser insuficientes.

27. Ante mi (reiterada) crítica sobre esto, se me indica que puede ser difícil discernir entre uso y abuso de un derecho procesal. Difiero. Quien conoce un expediente sabe si ha habido abuso procesal.



más que poesía que escuchan en los medios y en las cátedras de grandes pensadores, pero que no tienen efectos palpables en su vida cotidiana.

La importancia de esto no debe ser subestimada. Algunos han hablado de "Estados fallidos" en nuestra región. Otros se indignan. Este es uno de los fracasos más serios de los sistemas judiciales de nuestra región. Merece nuestra atención. Aceptémoslo.

b) *Son ampliamente utilizados para estorbar.*

Para obstruir sea el ejercicio legítimo de derechos o el ejercicio de las facultades regulatorias de autoridades. Ante lo anterior, someto a la consideración de este público que debemos:

i) *Simplificar:* Hacer menos compleja la hebra procesal de la disciplina a efecto de hacerla accesible a una mayor parte de la población;

ii) *Eficientar:* Hacerla más eficaz, diseñando procesos más esbeltos y menos proclives a accidentes procesales[28]; y

iii) *Enfocar:* El juicio de amparo debe ser un rayo láser, no una escopeta. Circunscribir su aplicación a efecto de evitar dilución.

Todo lo anterior se relaciona con nuestro tema en que, mientras las medidas correctivas son tomadas, o para los casos en que se desea cursar de manera distinta la solución de un problema, existe el arbitraje y los MASC. Sin embargo, si le hacemos aplicable los procesos constitucionales, querrá decir que no hay opción. Que quien desee encausar en forma distinta la solución de sus problemas, siempre acabará en tribunales.

28. Los juzgadores con frecuencia se quejan del cúmulo de casos que enfrentan. La crítica es atendible de muchas maneras, una de las cuales es resolver cada caso más rápido (para lo cual, aplica lo indicado sobre menos recursos intraprocesales) y atribuir costos a quien los genera, lo cual desincentiva su abuso.

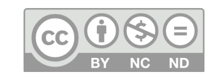
3.2. ¿Control constitucional de los árbitros?

¿Es necesario sujetar a control constitucional a los árbitros? La pregunta es profunda. Para resolverla lo primero que hay que discernir es que no es lo mismo control difuso de constitucionalidad y convencionalidad *por* el árbitro que control de constitucionalidad y convencionalidad de los actos *del árbitro*. La primera cuestión quedó abordada en la sección anterior. La segunda es objeto de esta.

No faltará quien conteste que "sí" aduciendo que toda conducta debe ser acorde a la Constitución. La aseveración me merece dos apreciaciones. Primero, ello no es evidente. La *raison d'être* de una Constitución es limitar poder público[29]. En la medida en que los árbitros no cuentan con poder, la preocupación que justifica control constitucional no está presente[30].

Segundo, aunque uno estuviera de acuerdo en que toda la actividad humana esté acorde a un texto constitucional, ello no quiere decir que la misma tenga que estar *sujeta* a control constitucional a través de los mecanismos del derecho procesal constitucional. La constitución contempla y permite el derecho civil y mercantil. Y dichas disciplinas tienen su propio régimen sustantivo y adjetivo. Éste último no tiene que coincidir con el derecho procesal constitucional por el simple motivo que es una disciplina con un régimen adjetivo especializado. Ello obedece a un motivo. Y ello cumple un motivo: la *lex specialis* procesal obedece a que la disciplina sustantiva a la que aplica tiene 'algo' que exige tratamiento procesal especializado. Sumarle una capa de procesos constitucionales no es obligado, y puede tener —y ha tenido, cuando ha ocurrido— el efecto de aletargar[31].

29. Me refiero al aspecto dogmático de las constituciones. Existe además el aspecto orgánico que versa sobre algo diverso: la organización del Estado.
30. Hay quien aduce que los árbitros tienen mucho poder. Contestaría que no es 'poder' en el sentido tutelado por los procesos constitucionales. Cuando dos partes en disputa le piden a un particular que actúe como árbitro y diga a quién asiste el Derecho y la razón, eso no es 'poder' en el sentido tutelado por el derecho de amparo. Es un acto de confianza.
31. Uno de los grandes aciertos del derecho procesal constitucional mexicano ha sido a la vez una de sus grandes tragedias. La decisión tomada en 1869 en el caso *Miguel Vega* que tuvo por efecto permitir el amparo judicial ha tenido por efecto sujetar a una capa procesal adicional a todo el litigio. En sí, ello no tenía por qué ser tan grave. Pero aunado a la forma, procesalitis, recursos intraprocesales, y tolerancia por el abuso del proceso, el resultado ha sido colesterol legal: un efecto embudo en el poder judicial que hace que cada asunto tarde mucho en resolverse. A veces lustros. A veces décadas. A veces más.



Ante lo anterior, los particulares tienen una opción: cursar su problema vía arbitraje. Al hacerlo, escogen un mecanismo uniinstancial que evita los yo-yos procesales. Los amparos para efectos. La enorme cantidad de cosas que pueden hacerse para entorpecer un proceso. Y siendo que escogen a un especialista de su confianza, podrán la preocupación de control se reduce.

Pero si los actos de los árbitros se someten a control constitucional, lo anterior no se logra. Nunca habrá opción.

3.3. Efecto en la causal de orden público

Un laudo puede ser anulado o no ejecutado por ofender el orden público[32]. La concepción más refinada de la causal es "los principios más fundamentales de justicia y moralidad" de la jurisdicción en cuestión[33]. Aceptado que los derechos fundamentales son justamente eso, "fundamentales", ¿deben entenderse como comprendidos dentro del alcance de revisión conforme a la causal de orden público?

La respuesta es un "depende". No es unívoca. Existe sin embargo algo que esclarecer, matices que realizar y limites que identificar y tomar en cuenta a efecto de evitar malentendidos, errores o prestarse para tácticas deplorables.

Si por ejemplo un laudo propicia corrupción u ofende *ius cogens* dando efectos a situaciones universalmente deploradas[34], la respuesta puede ser positiva: el laudo debe ser anulado. Sin embargo, si lo que se hace valer es violaciones procesales o incorrecta aplicación de derecho sustantivo considerado "importante"[35], la respuesta debe ser negativa. Esto último puede ser difícil de aceptar e invitar problemas. *Difícil de aceptar* pues la no revisión de decisiones que versen sobre temas localmente sensibles (*verbi gratia*, normas imperativas) es la postura correcta mas no evidente de la interrogante – y una que ha probado ser de difícil aceptación para algunos[36]. *Invitar problemas* pues seguramente será usado como forma de cuestionar el fondo del laudo, comprometiendo su finalidad.

32. Artículo V(2)(b) de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 ("Convención de Nueva York").
33. Para abundar, véase Orden Público en México: del Impresionismo al Puntillismo Jurídico (Boletín del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción, noviembre 2012, www.caic.com.mx).
34. Por ejemplo, corrupción, esclavitud o piratería.
35. Por ejemplo, normas de aplicación inmediata.
36. Para entender por qué, véase Lo Lúdico del Orden Público, Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho, México, 2014. (visible en www.gdca.com.mx)

Para deslindar lo que debe quedar amparado de lo que no, propiciando que se eviten errores o se preste para tácticas dilatorias, propongo los siguientes principios:

1. En principio, el orden público no justifica analizar el fondo del laudo, incluyendo si el laudo acata derechos fundamentales;

2. Una violación a un derecho fundamental *puede* justificar anular o no ejecutar un laudo por actualización de la causal de orden público, pero no por que verse sobre un derecho fundamental, sino por que trastoca un principio elemental de justicia o moralidad. Esto merece profundización.

   "Orden público" y "derechos fundamentales" son instituciones jurídicas diversas. Pueden haber comunes denominadores, pero también puede no haberlos. Se trata de dos recipientes conceptuales distintos que se traslapan en una serie de casos, pero que no admiten equiparación. Y este es el gran peligro de este tema: que un juzgador utilice la noción de "derecho fundamental" como atajo analítico para actualizar la noción "orden público". Hacerlo sería un yerro.

3. Como regla, el orden público procesal queda amparado por la carta magna del arbitraje[37], y debe ser recurrido no por la causal de orden público[38] sino por la causal consistente en que una parte "no ha podido hacer valer sus medios de defensa"[39].

4. La visión defendida merece ser seguida

Deseo concluir con una explicación y una aclaración.

4.1. Explicación

Debemos aprender la gran lección que los economistas nos han dicho (yo diría, *ad nauseam*) y que muchos abogados seguimos sin escuchar:

37. Artículo 18 de la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional. Artículo 1434 del Código de Comercio de México.
38. Artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York.
39. Artículo V(1)(b) in fine de la Convención de Nueva York.

para servir de cimiento para el progreso, el Derecho debe lograr dos cosas: *i) Proveer reglas claras que sean ii) enérgicamente aplicadas.*

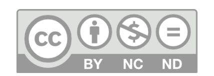
La aplicación del constitucionalismo a las relaciones horizontales y su extensión a procesos arbitrales va en sentido contrario[40]. *Resta claridad al derecho aplicable,* y reduce la eficacia de su aplicación. El primero ocurre pues se sujeta a un análisis de ponderación la aplicación del derecho civil (incluyendo mercantil). Se exige un análisis constitucional sobre las normas civiles. Y siendo que el Derecho Constitucional está compuesto por valores, principios, su aplicación reside en lo que Robert Alexy llama "mandatos de optimización"[41]: el principio debe lograrse de la mayor manera posible, tomando en cuenta las circunstancias del caso particular. Ello es un ejercicio no solo diverso, sino incompatible, con el tipo de norma utilizada por el derecho civil: la regla[42]. Como resultado, ello querrá decir que, cuando uno firma un contrato, sus palabras estarán borrosas. El que signifique lo que dicen estará sujeto a lo que considere el juzgador competente que es acorde a los principios constitucionales caso por caso. Resultado: falta de claridad. El significado de la letra de un contrato dependerá del subjetivismo del juzgador que la aplique.

Respecto al segundo punto, el derecho aplicable distará de ser e*nérgicamente aplicado* por el simple hecho que estará sujeto a una capa adicional de revisión. Por encima del régimen civil (incluyendo comercial) aplicable estará el derecho procesal constitucional. Lo que solía ser un par de recursos, ahora se convertirá en una multiplicidad de recursos. Y dadas las características de los recursos del derecho procesal constitucional que he descrito en la sección III.A(2) anterior), el resultado bien puede ser (y ya ha sido en algunos casos y en algunas jurisdicciones) que la solución a un problema se arroja a años después; a veces lustros; a veces más.

40. Tema que no abordo. Para abundar, se recomienda el ensayo de D. García Barragán, El Arbitro Privado no es Autoridad para Efectos de la Ley de Amparo: Entendiendo la Lógica Detrás de la Teoría del Drittwirkung der Grundrechte, El Foro, Vigésima Época, Tomo XXVI, número 2, Segundo Semestre 2013, México, D.F., p. 1. Mi postura puede consultarse en Costo Social del Garantismo, ob. cit., y Garantismo y Arbitraje: un Falso Dilema, en Retos y Perspectivas del Derecho Mexicano del Siglo XXI, ¿Cómo debe evolucionar?, Colección Foro de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C., Ed.Themis, México, D.F., 2012, p.1089; y Garantismo y Arbitraje: un Falso Dilema Post Scriptum, (visible en www.gdca.com.mx/publicaciones).

41. R. Alexy, A Theory of Constitutional Rights, Oxford, 2010.

42. Mientras que las normas constitucionales sobre derechos fundamentales se conforman por principios, las normas civiles se componen de reglas. Se trata de técnicas jurídicas diversas. Usar el método analítico de uno para aplicar el otro es erróneo y estropea su efectividad.



Como puede verse, la aplicación horizontal de los derechos fundamentales puede tener efectos serios en la utilidad del Derecho como instrumento de desarrollo. E irónicamente ello merma otro derecho fundamental: el de seguridad y certeza jurídica. Curiosamente, es un caso de utilización de palabras bonitas que tienen resultados feos. Lo cual despierta una ironía: permite utilizar el recurso libertario por excelencia (el juicio de amparo) para mermar derechos fundamentales (libertad y seguridad jurídica).

4.2. Aclaración

No faltará el lector especializado en derecho procesal constitucional que sienta que estoy cuestionando su área de especialización. Sobre ello, deseo dejar clara mi postura. En mi opinión:

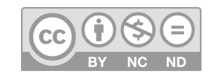
1. Los desarrollos recientes sobre dicha disciplina son, en mi opinión, algunos de los más técnicamente estimulantes e idealmente emocionantes de toda la disciplina del Derecho (me refiero al control de convecionalidad, el contro difuso, y la fuerza que empieza a cobrar el control de convencionalidad difuso, tanto vertical como horizontal como paralelo)[43]; y

2. El derecho procesal constitucional tiene una importante labor que cumplir.

Si tuviera una varita mágica y pudiera reestructurar sistemas jurídicos, haría de los procesos constitucionales herramientas mucho más protagónicas en nuestras sociedades[44]. El motivo: me siento estimulado, persuadido y entusiasmado por el neo constitucionalismo. Por la importancia del Derecho Procesal Constitucional.

---

43. Ver al respecto, E. Ferrer Macgregor, Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional, Ed. Marcial Pons, UNAM, 2014, pp. 753-754.
44. Dado el foro, no resisto la tentación de hacer alusión al golpe de Estado que el Tribunal Constitucional de Guatemala paró en 1993 con Jorge Serrano Elías. Pero no es el único ejemplo positivo. La Corte Constitucional de Colombia ha efectuado resoluciones inspiradoras (como la orden de mandar poner drenajes en barrios marginados y la impartición de justicia en comunidades indígenas marginadas), como también lo ha hecho el Tribunal Constitucional de Brasil (ordenando la entrega de medicamentos esenciales a personas sin recursos económicos) y la sala constitucional de Costa Rica. (Ver M. Carbonell, El Neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis, en El Nanon Neoconstitucional, Universidad del Externado de Colombia, Serie Intermedia de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho número 8, Bogotá, Colombia, 2010, pp. 163164.).



Pero no dejo de ver los problemas que se detonan por su mal uso.

Mucho bien nos haría a los abogados escuchar y aplicar la sugerencia (más bien advertencia) que hacía el titán intelectual Rudiger Dornbusch respecto de los instrumentos de la macroeconomía. Dornbusch solía advertir que para cada patología macroeconómica debe *usarse una*, y *solo una*, herramienta. El origen de muchos males de muchos países en el manejo de sus economías residía en utilizar una medicina para remediar varios males. Lo mismo pasa con el derecho procesal constitucional y desear poner bajo su lupa a los procesos arbitrales. Los juicios constitucionales son ideales para ciertos temas, para un género claro de problemas sociales. Usarlos para abordar otro tipo de males tiene por efecto propiciar otros problemas. En nuestro caso, se entorpecen los procesos arbitrales. Pero además, se diluyen los procesos constitucionales.

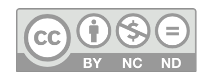
4.3 Controlemos menos para tutelar más

No me cansaré de decirlo: *el juicio de amparo no debe ser una escopeta, debe ser un rayo láser.* Irónicamente, *debemos usarlo menos, para tutelar más.* El juicio de amparo debe abarcar menos actos reclamados, para evitar diluirse. Es una cuestión no sólo de justicia, sino política pública. Los recursos públicos siempre son escasos. Ante ello, debemos encausarlos frugalmente; donde más se necesitan. Donde más impacto tienen. Llevado a nuestro tema, el punto sugiere la necesidad de zanjar la aplicación de los procesos constitucionales donde son más aptos. Donde más tutelan. Ello incluye no hacerlo aplicable a relaciones de coordinación[45], en especial arbitraje. Después de todo, se trata de relaciones horizontales donde el *leitmotif* de los procesos constitucionales (poder público) no está presente, que es hecho aplicable voluntariamente por las partes, y que el núcleo de su decisión consiste en finalidad y uni-instancialidad.

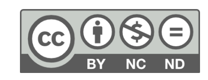
5. Conclusión

Concluyo respondiendo la pregunta contenida en el título de mi ponencia: ¿son los procesos constitucionales y arbitrales agua y aceite? Respuesta:

45. Me refiero a la aplicación horizontal de los derechos humanos.



"!Sí¡" Se trata de herramientas jurídicas que buscan cosas distintas. No deben mezclarse. Estando juntas en el mismo recipiente (sistema jurídico) cada una debe encontrar su espacio y ceñirse al mismo. No lograrlo tiene por resultado entorpecer – ¡a ambas!



Derecho administrativo y transigibilidad

*Juan Pablo Aguilar Andrade**

SUMARIO: 1. Sobre el concepto de transigibilidad en el Derecho Administrativo. **2.** Transigibilidad y discrecionalidad. **2.1.** La búsqueda de las materias transigibles **2.2.** Transigibilidad y Derecho Administrativo. **3.** Administración y arbitraje. **3.1.** Actos administrativos y arbitraje. **4.** El tema en la legislación ecuatoriana.

1. Introducción

En el primer número de esta revista, por una gentil invitación de Juan Manuel Marchán, publiqué un texto con algunas ideas sobre arbitraje y Derecho Administrativo; partí, en esa oportunidad, de una intuición que mantengo: el arbitraje no puede abordarse, cuando se trata del Derecho Público, con los mismos instrumentos que se utilizan en el mundo del Derecho Privado.

Lamentablemente, el texto no fue capaz de ser consecuente con las ideas de partida, pues el enfoque inicial que cuestionaba el uso de la noción de transigibilidad en el Derecho Administrativo cedió paso, en el desarrollo de la argumentación, al punto de vista tradicional sobre lo transigible y lo no transigible; como consecuencia, terminó sumándose a la idea de un mundo contractual en el que la transacción era posible, y un mundo de los actos administrativos en el que el ejercicio del poder público eliminaba cualquier posibilidad de transacción y, con ello, de arbitrabilidad.

En efecto, pese a que consideré que la noción de transigibilidad no era aplicable en el Derecho Administrativo o, al menos, debía ser matizada cuando de este último se trataba, no extraje las consecuencias de esa afirmación, sino que volví al viejo expediente de identificar, dentro de la actuación administrativa, lo que debía considerarse transigible y aquello que no lo era.

*Doctor en Jurisprudencia (Pontificia Universidad Católica del Ecuador), Magister en Derecho Administrativo (Universidad San Francisco de Quito), especialista en Derecho Público y contratación administrativa. Profesor titular de área de Derecho Público de la Universidad San Francisco de Quito. Árbitro de los centros de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito y de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana.

Al hacerlo, me sumé al punto de vista de quienes consideran que si bien el arbitraje es posible en el ámbito de lo contractual, en el que la base de la relación es el convenio entre las partes y no la orden unilateral de autoridad, no podía aplicarse en el caso de actos administrativos que, como manifestación del ejercicio del poder público, estaban fuera de aquello que la Administración podía considerar como transigible.

Este punto de vista, que entonces acepté sin profundizar sus consecuencias, encierra una grave dificultad: si los árbitros solo pueden pronunciarse en torno a controversias que no involucren actos administrativos, la sola presencia de estos últimos excluye su competencia; en otras palabras, es una de las partes contratantes la que puede, por su sola voluntad, dejar sin efecto el compromiso arbitral si, cuando se vislumbra una controversia, o se produce ésta, dicta un acto administrativo en relación con el tema.

Pensemos en un ejemplo concreto: el desacuerdo entre contratante y contratista sobre el cumplimiento de las especificaciones de un contrato. El contratista que, amparado en las estipulaciones contractuales sobre arbitraje, pretende iniciar el proceso correspondiente, vería frustradas sus expectativas si el contratante declara la terminación unilateral del contrato. ¿Qué sentido tiene una cláusula que ampara a las dos partes contratantes, pero cuya efectividad depende de la voluntad de una sola de ellas?

Es esto, precisamente, lo que me ha llevado a revisar mis propias conclusiones. Lo hago en las páginas que siguen, en las que busco extraer las últimas consecuencias de la intuición inicial que cuestiona el concepto de transigibilidad en el mundo del Derecho Administrativo. Como podrá verse, el resultado es bastante diferente a lo que sostuve en el artículo al que he hecho referencia y al punto de vista tradicionalmente aceptado por los administrativistas.

2. Sobre el concepto de transigibilidad en el Derecho Administrativo

La transigibilidad del objeto de una controversia es uno de los requisitos para que esta última pueda someterse a arbitraje; en el caso ecuatoriano, así consta tanto en el artículo 190 de la Constitución de la República, como en el primer artículo de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Esta exigencia, aplicada sin dificultad en el ámbito del Derecho Privado, se ha trasladado al Derecho Público como si de un principio general se tratara, sin tomar en cuenta si es, en efecto, un concepto que encaje en la lógica particular del Derecho Administrativo. De hecho, cuando este último acepta, sin beneficio de inventario, la noción de transigibilidad, nos coloca sobre una pista falsa, que pone el centro del problema en la identificación de lo que, para la Administración Pública, podría considerarse como materia arbitrable.

Para no entrar en la pista falsa es necesario cuestionarnos si la noción misma de transigibilidad puede tener cabida en el Derecho Administrativo o, al menos, en la materia que nos ocupa.

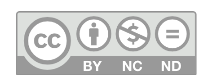
Esto exige partir del papel que cumple el concepto de transigibilidad en el arbitraje privado o, en otras palabras, entender la razón por la cual se limita el arbitraje a las controversias sobre derechos disponibles.

El artículo 2348 del Código Civil ecuatoriano, define a la transacción como un contrato "en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual". No lo dice el Código, pero resulta evidente, que la transacción opera por medio de concesiones recíprocas que se hacen las partes involucradas en la controversia; como sostiene la jurisprudencia ecuatoriana, su esencia "reside en la renuncia que cada contratante hace de lo que cree su derecho a fin de evitar que un fallo judicial le quite todo a uno u otro"[1].

Es evidente que esas concesiones solo pueden tener como objeto aquello que se encuentre en la esfera de lo disponible, aquello que sea transigible; solo pueden transigir, dice el artículo 2349 del Código Civil, "la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción".

No parece, entonces, que transacción y arbitraje puedan identificarse. Mientras la primera implica ponerse de acuerdo en concesiones mutuas que permitan poner fin a una controversia, el segundo busca, no solucionar esta última, sino establecer las reglas para hacerlo.

1. Corte Suprema de Justicia (1992). Sentencia de tercera instancia. 30 de julio. Gaceta Judicial, serie XV, número 14, p. 4135.



Esto es más claro si se toma en cuenta, como lo hace nuestra jurisprudencia, que terminar la controversia es la esencia de la transacción[2], pues ésta no es otra cosa que la terminación de un litigio pendiente[3]. El sentido del arbitraje es distinto: se conviene en él, no para terminar una controversia, sino para trazar un camino que permita solucionarla.

En palabras de Leopoldo Aguilar Carvajal, la transacción se distingue "del compromiso en árbitros, porque en él se asientan las bases para que sea resuelto, mientras que en la transacción, mediante las concesiones recíprocas de las partes, se pone fin al asunto"[4].

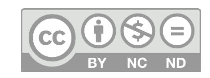
Conviene preguntarse, entonces, por qué la transigibilidad de una materia, aparece como un requisito necesario para que la misma pueda someterse a arbitraje.

A la hora de referirse a este tema, hay autores que lo consideran evidente: "no tiene sentido" el arbitraje sobre "derechos que por su naturaleza no son disponibles", dice Martínez Vásquez[5], mientras que otros, como Faustino Cordón[6], explican esa evidencia como algo relacionado con un principio básico del Derecho Procesal: el requisito de transigibilidad, dice, "es obvio atendiendo a la naturaleza dispositiva del arbitraje".

El principio dispositivo, según la doctrina, implica que es a las partes procesales a quienes corresponde "determinar el alcance y contenido de la disputa judicial"[7] En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial lo recoge al disponer que los jueces "resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso".

Es a partir del principio dispositivo, que Patricio Aylwin deja en claro el fundamento del requisito de transigibilidad.

2. Ibidem.
3. Corte Suprema de Justicia (1933). Sentencia de tercera instancia. 18 de octubre. Gaceta Judicial, serie V, número 87, p. 2058.
4. J. Larrea Holguín, *Derecho Civil del Ecuador*, Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones,tomo XIV, 2002, p. 355.
5. L. Martínez Vásquez, *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*, Madrid: Civitas, 1991, p. 104.
6. F. Cordón, *El arbitraje en el derecho español: interno e internacional*, Pamplona: Aranzadi, p. 68.
7. A. Troya, *Elementos de Derecho Procesal Civil*, Quito: Ediciones de la Universidad Católica, 1976, p. 136.

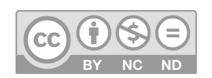


> En gran número de litigios está comprometido, más o menos directamente, el interés social; se hace necesario, en consecuencia, sujetarlos a solemnidades especiales que sean una garantía de que no se resolverá ni hará nada lesivo para las superiores conveniencia de la sociedad o los legítimos derechos de terceros. La investidura privada de los jueces árbitros los obliga a respetar solo los términos del compromiso, vale decir, la voluntad de los interesados, al margen de un eficaz control que vele por aquellos intereses; la facultad que tienen las partes de concederles poderes de arbitradores, les permite fallar con prescindencia de los mandatos imperativos de la ley. Esto bien puede ocurrir, sin daño alguno, en los asuntos en que entran en juego únicamente los intereses privados de los litigantes, pero no cuando pueden verse afectados el orden público, las buenas costumbres o los derechos de terceros ajenos al juicio. Por estas razones está negado a las partes el derecho de someter a compromiso los litigios que no sean de su interés puramente particular. Tal prohibición es consecuencia lógica de la naturaleza misma del juicio arbitral.

Entre privados, entonces, la autonomía de la voluntad se expresa en la posibilidad de configurar el alcance del arbitraje, esto es, de conferir poder a los árbitros para resolver sobre los asuntos que sean de interés de los litigantes. Es evidente, entonces, que ese poder tiene las mismas limitaciones propias de la autonomía de la voluntad, y no puede ejercerse sobre cuestiones que han sido excluidas del espacio en el que ella opera; en otras palabras, sobre aquello que para los particulares es indisponible.

Si esto es así, conviene preguntarse si los criterios anotados pueden aplicarse cuando se trata de la Administración Pública.

Para ello, partamos de los enfoques que tradicionalmente se han utilizado para abordar el tema de la transigibilidad en el Derecho Administrativos y que son básicamente dos, uno que gira alrededor de las potestades discrecionales, y otro que pretende definir una lista de materias transigibles o que pueden considerarse como tales.



2. Transigibilidad y discrecionalidad

El primer enfoque parte de la distinción entre potestades regladas y potestades discrecionales, e identifica las primeras con lo no transigible y las segundas con lo transigible[8].

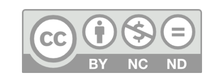
Para el Derecho Administrativo, una competencia discrecional existe cuando la ley "deja al agente al cual se la confía, libre de apreciar, en vista de las circunstancias, si debe utilizarla y cómo"[9]. Siendo así, esa libertad de apreciar se identifica sin más con lo disponible, lo que puede parecer lógico, pero no es exacto.

Hay consenso en admitir que el ejercicio de la potestad reglada no puede ser objeto de arbitraje, lo que resulta completamente lógico si se toma en cuenta que en ese caso la administración no hace otra cosa que cumplir un expreso mandato legal, ante lo cual admitir la pretensión de transar sería tanto como dar a las normas el carácter de negociables. Lo mismo puede decirse de los elementos reglados de la potestad discrecional, esto es, aquellos que definen el marco dentro del cual se ejerce la discrecionalidad. Como sostiene Juan Manuel Trayter[10]:

> […]no podrá nunca versar el arbitraje sobre actos administrativos reglados o sobre ejercicio de potestades discrecionales […] en sus aspectos también reglados [...] Como hemos ya señalado, una de las notas esenciales del arbitraje es que las cuestiones litigiosas por él resueltas deben ser «materias de libre disposición», circunstancia que no concurre en los supuestos señalados.

Aunque legislaciones como la ecuatoriana mantienen que no cabe el control judicial de actos administrativos emitidos en ejercicio de potestades discrecionales (puede verse el artículo 6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa), la doctrina más reciente apunta a superar este punto de vista y sostiene que no hay decisiones administrativas excluidas del control

8. J. M. Trayter, "El arbitraje de Derecho Administrativo", *Revista de Administración Pública*. Mayo-agosto. 1997, pp. 75-106.
9. J. Rivero, *Derecho Administrativo*, Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1984, p. 81.
10. J. M. Trayter, "El arbitraje de Derecho Administrativo", *Revista de Administración Pública*. Mayo-agosto. 1997, pp. 75-106.



judicial; de hecho, el texto legal que se ha citado quedará derogado en mayo de 2016, al entrar en vigencia el nuevo código procesal. La polémica entre Tomás-Ramón Fernández, por un lado, y Luciano Parejo Alfonso y Miguel Sánchez Morón, por otro, ha definido con claridad la necesidad de terminar con la inmunidad del ejercicio de las potestades discrecionales; no está demás decir que esta polémica, como hace notar Manuel Atienza[11] se basa en una diferencia "más de énfasis que propiamente teórica", pues los tres autores coinciden en la necesidad de controlar judicialmente la discrecionalidad.

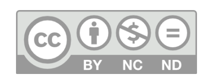
El control de la discrecionalidad se exige porque el ejercicio de esta potestad no puede entenderse, a riesgo de convertirla en arbitrariedad, como libertad del titular del órgano administrativo para hacer lo que le parezca. En efecto, la ley, cuando asigna potestades discrecionales, no da manos libres a la administración sino que le permite optar por el camino que se considere más adecuado para satisfacer los intereses colectivos; es esto último lo que debe justificarse y, para ello, resulta esencial la motivación; lo no motivado, dice Fernández, se convierte en arbitrario[12].

La decisión administrativa no es, entonces, una mera expresión de voluntad ni un simple querer del titular del órgano; solo se justifica si tiene como antecedente una evaluación detallada de razones y circunstancias, si se muestra como necesaria para el cumplimiento de los fines de orden público a los que se dirige.

Hay en lo discrecional un espacio para evaluar la procedencia de dos o más soluciones igualmente válidas, hay un "cierto margen de apreciación" que permite analizar opciones, pero en todo caso la decisión debe justificarse como necesaria para el interés colectivo y este último no es transable; en consecuencia, la decisión se justifica en función de fines de orden público y negociarla sería tanto como negociar esos fines.

En otras palabras, que la decisión del titular del órgano administrativo no venga establecida de antemano por la norma, sino que deba adoptarse a partir del abanico de opciones que esa norma plantea, no pone

11. M. Atienza, *Cuestiones judiciales*, México: Fontamara, 2004, p. 53.
12. T. Fernández, *De la arbitrariedad de la administración*, Madrid: Civitas, 2002, p. 87.



a los órganos administrativos en el espacio de la autonomía de la voluntad. En efecto, el hecho de que se les confiera un espacio más amplio para la toma de decisiones, no implica que sean libres de actuar como mejor les parezca; su actuación, siempre y en todo caso, debe someterse al cumplimiento de los objetivos de orden público para los cuales se les confiere la potestad.

En otras palabras, cuando se piensa que discrecionalidad equivale a transigibilidad, se olvida que en la primera no hay un ejercicio de libertad del agente, sino un espacio más amplio de decisión, limitado siempre por expresos mandatos normativos; como bien explica nuestra jurisprudencia, el margen de libertad del que goza la administración en el ejercicio de sus potestades discrecionales no es extra legal (Corte Suprema de Justicia, 2007).

Resulta claro, entonces, que la supuesta identificación entre lo transigible y lo discrecional, carece de fundamento.

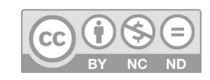
2.1. La búsqueda de las materias transigibles

Hay un segundo enfoque en materia de transigibilidad de las actuaciones administrativas, aquél que distingue los actos administrativos propiamente tales, de otra clase de actividades que puede realizar la Administración para gestionar la cosa pública.

Chillón y Merino, por ejemplo, se preguntan "¿por qué no pueden ser arbitrables el resto de los actos de gestión en los que la administración se relaciona con los particulares?"[13].

Para responder la pregunta enumeran una serie de actividades en las que no estaría en juego el ejercicio del poder público, sino la gestión de asuntos patrimoniales; en ellas, la Administración actuaría como si fuera privado. Los autores citados incluyen en la lista la que denominan "actividad privada del Estado", los temas de responsabilidad patrimonial, los contratos, los bienes y derechos patrimoniales y los bienes y derechos económicos no patrimoniales.

13. J. M. Chillón y J. F. Merino, *Tratado de arbitraje privado interno e internacional,* Madrid: Civitas, 1991, pp. 176-180.



Para responder la pregunta enumeran una serie de actividades en las que no estaría en juego el ejercicio del poder público, sino la gestión de asuntos patrimoniales; en ellas, la Administración actuaría como si fuera privado. Los autores citados incluyen en la lista la que denominan "actividad privada del Estado", los temas de responsabilidad patrimonial, los contratos, los bienes y derechos patrimoniales y los bienes y derechos económicos no patrimoniales.

Marta García Pérez analiza este tema desde las diversas formas que adopta la identificación de las materias transigibles: la determinación de un criterio general o la elaboración de una lista de materias, ya a priori, desde la legislación, ya a posteriori, desde la jurisprudencia[14].

En todos los casos, lo que está en juego en este enfoque es la distinción entre la actividad administrativa desde el ejercicio del poder de imperio y la actividad que, repitiendo a Chillón y Merino, podríamos calificar como "privada del Estado". Básicamente, la Administración no solo actúa en ejercicio de las potestades exorbitantes que le confiere el Derecho Administrativo, sino que también aplica, para determinadas actividades y relaciones, la reglas del ordenamiento privado; piénsese, por ejemplo, en las normas que rigen para los bienes de "dominio privado" de la administración o el caso de la contratación, en el que los entes administrativos dejan de lado su poder de dar órdenes unilaterales y se sirven de un instrumento propio del Derecho Privado.

El problema es que la distinción no puede ser tan tajante como aparece a primera vista, pues la presencia de la Administración introduce importantes cambios en los instrumentos de derecho privado que utiliza.

> La celebración de un contrato de compraventa es el medio que utilizan las empresas o administraciones privadas para adquirir la propiedad del solar sobre el que construir la sede social donde desarrollan la dirección de sus actividades mercantiles (de las naves industriales donde fabrican bienes o de los establecimientos en los que prestan servicios). Las Administraciones Públicas también pueden servirse

14. M. García Pérez, *Arbitraje y Derecho Administrativo*, Pamplona: Aranzadi, 2011, pp. 48-56.

de ese medio jurídico bilateral y negociado en condiciones de igualdad, pero además del contrato de compraventa pueden utilizar la potestad expropiatoria para adquirir ese mismo solar de forma coactiva y forzosa[15].

Como puede verse, por más que se pretende distinguir en la Administración un actuar propiamente público de otro privado, o asimilable al privado (lo que me hace recordar la desechada idea de la doble personalidad del Estado), la presencia de las potestades administrativas nos devuelve de lleno al problema que se pretende solucionar.

En efecto, podemos convenir en que los temas contractuales caen dentro del espacio de lo transigible, y esa es precisamente la consideración que ha llevado a admitir que se trata de temas arbitrables, pero la presencia de los poderes exorbitantes de la Administración mantiene inalterado el problema principal: ¿qué pasa cuando la ejecución contractual exige el ejercicio de esos poderes exorbitantes?

2.2. Transigibilidad y Derecho Administrativo

Los enfoques que se ha analizado dejan de lado un aspecto fundamental: la noción de transigibilidad se explica en el ámbito del Derecho Privado, pero no encaja en los moldes del Derecho Público; de ahí las dificultades con que tropieza la pretensión de darle vida en un ambiente en el que se respira un aire que para ella resulta venenoso.

Me explico.

La transigibilidad es una institución que tiene pleno significado en el mundo del Derecho Privado, porque ese es el mundo de la libertad individual y de la autonomía de la voluntad. La creación de espacios de lo irrenunciable es necesaria, precisamente, porque sin esos límites la voluntad privada puede invadir mundos que el ordenamiento jurídico prefiere mantener intocados.

15. D. Blanquer, *Curso de Derecho Administrativo,* Valencia: Tirant lo Blanc, 2005, p. 52.



La regla general, dice Pérez Guerrero, es la libertad individual, y sería violar esa libertad "el poner diques a sus decisiones sean las que fueren, si ellas no atacan a la esfera de la libertad de otro. Esa esfera de la libertad ajena está relacionada con la noción de orden público, que incluye aquello que el sistema jurídico "considera esencial en la organización de la sociedad"; el orden público y esa organización social "se desquician si se permite renunciar a los correspondientes derechos"[16].

Estas consideraciones sobre libertad humana y autonomía de la voluntad, y sobre los límites que se imponen a ellas para salvaguardar el Orden Público, no tienen cabida cuando se trata de la Administración Pública.

En efecto, esta última no actúa sobre la base del principio de libertad sino que está sometida al principio de legalidad; esto es, no es libre de hacer lo que le parezca más conveniente, sino que está limitada a hacer aquello que expresamente le encargue el ordenamiento jurídico.

> Así, pues, no hay […] ningún espacio "franco o libre de Ley", en que la Administración pueda actuar con un poder ajurídico y libre. Los actos y las disposiciones de la Administración, todos, han de "someterse a Derecho", han de ser "conformes" a Derecho. El desajuste, la disconformidad, constituyen "infracción del Ordenamiento jurídico" y les priva actual o potencialmente (distinción entre nulidad y anulabilidad), de validez. El Derecho no es, pues, para la Administración una linde externa que señ ale hacia fuera una zona de prohibición y dentro de la cual pueda ella producirse con su sola libertad y arbitrio. Por el contrario, el Derecho condiciona y determina, de manera positiva, la acción administrativa, la cual no es válida si no responde a una previsión normativa[17].

La Administración, dice el artículo 226 de la Constitución de la República, ejerce "solamente las competencias y facultades […] atribuidas en la Constitución y la ley". En consecuencia, no tiene derechos, sino potestades, no obra libremente sino que requiere una habilitación legislativa previa,

16. A. Pérez Guerrero, *Fundamentos del Derecho Civil Ecuatoriano,* Quito: Universidad Central del Ecuador – Editorial Universitaria, 1953, pp. 224-225.
17. E. García de Enterría y T. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid: Civitas, 2001, p. 440.

esto es, actúa solo en la medida en que una norma le autoriza a hacerlo. La actividad administrativa no es ejercicio de libertad, sino "de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido"[18] en esa medida, no es un poder libre sino un poder sometido a la norma y, como tal, "obligado a dar cuenta de su efectivo servicio a la función para la que fue creado"[19].

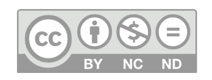
Mientras los particulares, en ejercicio de la autonomía que les es propia, pueden disponer libremente de sus derechos en tanto no exista prohibición expresa para ello, los órganos administrativos no se mueven en el ámbito de sus intereses individuales, sino en el del interés de la comunidad.

> Los rasgos que configuran los derechos subjetivos se distinguen de las notas características de las potestades de que están investidas las Administraciones Públicas [...] El contenido de los derechos subjetivos se descompone en "facultades" [...] que como su propio nombre indica son de ejercicio voluntario o facultativo [...].
> A diferencia de los derechos subjetivos que son renunciables y transmisibles porque satisfacen intereses de su titular, las potestades son intransmisibles e irrenunciables porque están orientadas a satisfacer el interés ajeno [en el caso que aquí importa las potestades administrativas no satisfacen intereses particulares de la propia Administración Pública, sino que tienen por finalidad satisfacer los intereses de los ciudadanos o intereses generales]. Las potestades con un título fiduciario en beneficio de un tercero, y por ello son de obligado ejercicio[20].

Estas diferencias básicas entre el espacio público y el privado, se dejan de lado cuando se pretende aplicar en ambos un concepto, el de transigibilidad, que es completamente extraño al primero.

En efecto, si la noción de transigilidad se hace necesaria para establecer límites al ejercicio de la libertad individual, ¿qué sentido tiene en un ámbito en el que los actores no gozan de libertad, sino que actúan a partir de las competencias que les han sido previamente asignadas?

18. Ibídem.
19. T. Fernández, *De la arbitrariedad de la administración,* Madrid: Civitas, 2002, p. 89.
20. D. Blanquer, Curso de Derecho Administrativo, Valencia: Tirant lo Blanc, 2002, p. 205.



Ninguno. Cuando se trata de la Administración no nos encontramos ante derechos libremente disponibles, ante un problema de transigibilidad, sino ante la existencia o no existencia de competencias legalmente atribuidas.

En otras palabras, la noción de transigibilidad, en el sentido de límite a la libertad individual, como se la entiende en el Derecho Privado, no se aplica en el Derecho Administrativo, porque no cabe utilizar una institución que busca poner límites al ejercicio de derechos que, en el caso de los órganos administrativos, no existen.

3. Administración y arbitraje

La exigencia de que el arbitraje solo pueda pactarse sobre materia transigible se explica, conforme se ha visto, por la necesidad de impedir que la autonomía de la voluntad invada los espacios de lo irrenunciable. Precisamente porque los privados son libres de actuar de acuerdo con sus intereses, se requiere establecer un límite que proteja lo que se considera parte del interés colectivo y, como tal, pertenece al mundo de lo indisponible.

Pero si de lo que se trata es de proteger determinados espacios del ejercicio de la autonomía de la voluntad, el instrumento para hacerlo pierde su razón de ser cuando esa autonomía desaparece. Y eso, precisamente, es lo que pasa si uno de los actores es la Administración Pública, que no es titular de derechos sino que ejerce competencias, actúa por mandato legal y no por su libre querer y, en esa medida, no requiere un control para el ejercicio de una autonomía de la voluntad de la que carece.

En el ámbito del Derecho Público, será la legislación la que evalúe qué competencias se deben asignar a los entes administrativos y, obviamente, esas competencias se entregan sin más limitaciones que las que la propia norma establece.

Mientras en el Derecho Privado la libertad puede ejercerse sin restricciones y es la ley la que debe establecer estas últimas conforme a los intereses sociales, en el Derecho Público no hay libertades presupuestas sino competencias asignadas, siendo la ley la que las crea, fija sus límites y sus alcances.

Sin libertad de por medio, no hay que preguntarse qué es aquello sobre lo cual esa libertad no puede ejercerse y, por lo tanto, la idea de transigibilidad carece de sentido en el arbitraje administrativo.

La pregunta, en este último, no pasa por el espacio de lo indisponible, sino por el alcance de las potestades que la ley asigna y que constan en la propia norma.

Parece lógico sostener, según ésto, que la posibilidad de que los asuntos en los que interviene la Administración puedan someterse a arbitraje, depende de que exista una norma que confiera la potestad de celebrar el correspondiente convenio arbitral. Cuando esa norma existe, el tema es arbitrable, sin más limitaciones que las que la misma norma establece.

En otras palabras, conferida una potestad no hay que buscar en ella límite alguno; es la ley que regula la potestad, la que debe expresamente excluir determinados asuntos de su ejercicio y, si no lo hace, no pueden considerarse excluidos.

La potestad de someter una controversia a arbitraje, entonces, incluye todo lo relacionado con ella, salvo excepción expresa. Mientras en el Derecho Privado se recurre al arbitraje en ejercicio de la autonomía de la voluntad, siendo la ley la que pone límites a este ejercicio de libertad, en el Derecho Público la competencia para recurrir al arbitraje se entrega como un todo, al que no hay que buscar más límites que los que consten en la propia norma.

Si volvemos al problema de los contratos administrativos, la autorización para que las controversias contractuales se sometan a arbitraje incluye toda controversia, con independencia de que la misma se relacione con actos administrativos de ejecución contractual.

Esto nos lleva a un tema fundamental: la arbitrabilidad de las controversias derivadas de actos administrativos, aunque no exista un contrato de por medio.

3.1. Actos administrativos y arbitraje

Como se ha visto, la noción de transigibilidad, que ocupa un espacio importante en el arbitraje privado, pierde sentido cuando se trata de la Administración Pública. Mientras que en el primero la materia arbitrable la define la autonomía de la voluntad de los interesados, limitada por los mandatos legales, en el segundo esa materia depende de un mandato legislativo.

Si lo vemos desde el principio dispositivo, en el arbitraje privado son las partes las que señalan a los árbitros los asuntos sobre los cuales debe versar su decisión; cuando interviene la Administración Pública, claro que existe un contrato que señala la materia arbitrable, pero esa materia ha sido definida previamente por un mandato legal. En otras palabras, el principio dispositivo se aplica, no como el resultado del ejercicio de la libertad individual, sino como el cumplimiento de un mandato legal.

Lo transigible existe en el Derecho Administrativo, pero no como un atributo inmanente a la personalidad de los entes públicos, sino como una competencia expresamente asignada por las normas; no hay temas "naturalmente" transigibles o no transigibles; es la ley la que establece qué materias y en qué condiciones pueden ser objeto de transacción. Lo mismo ocurre en el caso del arbitraje: procede cuando una ley establece su posibilidad.

Pero transigibilidad y arbitraje son independientes entre sí y, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Privado, el primero no es requisito previo del segundo, ni sirve para establecerle límites. Una y otro existen porque la ley lo permite y es ella la que define lo que puede hacerse en cada caso.

Como consecuencia, en el Derecho Público la arbitrabilidad no tiene que ver con la transigibilidad y, para establecer si una materia es arbitrable, lo que se debe establecer es si existe una ley que la defina como tal, y no si los asuntos a los que se refiere pueden calificarse o no como renunciables.

De hecho, la búsqueda de materias renunciables en el Derecho Administrativo carece de sentido pues, como se dijo ya, los entes públicos no son titulares de derechos que puedan renunciar, sino que ejercen competencias obligatorias.

El problema no pasa, entonces, por definir un espacio de lo renunciable, sino por establecer los temas que se considera arbitrables; y esto no tendrá que ver con el hecho de que esté o no de por medio el ejercicio del poder público, sino con las conveniencias que puedan existir en un momento determinado.

Cuando el arbitraje involucra a un ente público, los árbitros no están ligados por un mandato nacido de la voluntad autónoma de quienes pactaron el arbitraje, sino que se rigen por los expresos mandatos legales sobre la materia que se somete a su conocimiento. Esto quiere decir que, en estos casos, un árbitro no evalúa temas renunciables sino que, como lo haría un juez contencioso administrativo, analiza la situación desde el punto de vista de la legalidad.

No voy a profundizar en el tema, pero parece claro, en este punto, que así como un juicio contencioso administrativo, que se pronuncia sobre la legalidad de un acto administrativo, no tiene nada que ver con el concepto de transigibilidad, lo mismo ocurre con un arbitraje sobre el mismo tema. De hecho, tanto el juez contencioso administrativo, como el árbitro, no pueden, a la hora de analizar un acto administrativo, partir de consideraciones diferentes a la legalidad del mismo. En otras palabras, aunque esto habrá que matizarlo en el caso del arbitraje internacional, la mirada sobre el acto administrativo será la misma, tanto desde los ojos del juez, como desde los del árbitro.

La consecuencia parece clara: no hay actuación administrativa que no pueda, en principio, ser sometida a arbitraje; es la ley la que debe definir la conveniencia de hacerlo o no en casos determinados.

4. El tema en la legislación ecuatoriana

Si no hay materias "naturalmente" transigibles y, por ello, "naturalmente" arbitrables, hay que consultar la legislación de cada país, para establecer los límites de la potestad jurisdiccional de los árbitros en temas de Derecho Administrativo. Reviso, a continuación, el caso concreto del Ecuador, donde el arbitraje tiene rango constitucional desde 1996.

Para entender las normas constitucionales sobre arbitraje, y aplicarlas a los temas propios del Derecho Administrativo, es imprescindible relacionarlas con otros mandatos de la Norma Suprema, en los que se hace referencia a las potestades jurisdiccionales en materia de legalidad de actos administrativos.

La reforma constitucional aprobada en agosto de 1983, codificada en 1984 y vigente a partir del 10 de agosto de ese año, estableció, en los siguientes términos, en el número 3 de su artículo 96, el principio de unidad jurisdiccional:

> Se establece la unidad jurisdiccional. Por consiguiente, todo acto administrativo generado por la administración central, provincial, municipal o de cualquier entidad autónoma reconocida por la Constitución y las leyes, podrá ser impugnado ante los Tribunales Fiscal y de lo Contencioso Administrativo, en la forma que determine la ley.

En la codificación constitucional de 1993, este artículo pasó a ser el número 97 y se mantuvo como artículo 122 en la codificación de 1996. En esta última, sin embargo, se agregó un artículo, el 118, que tuvo su origen en la reforma constitucional de diciembre de 1995, y cuyo texto era el siguiente:

> Con arreglo al principio de unidad jurisdiccional, el ejercicio de la potestad judicial corresponde exclusivamente a los magistrados, jueces y tribunales determinados en la Constitución, las Leyes y en los tratados internacionales. […] Se reconoce el sistema arbitral, la negociación y otros procedimientos alternativos para la solución de las controversias.

La codificación constitucional que entró en vigencia a partir del 10 de agosto de 1998 mantuvo disposiciones similares: estableció en el artículo 191 la unidad jurisdiccional y, en los mismos términos, el reconocimiento de los medios alternativos de solución de conflictos; además, en un artículo independiente, el 196, dispuso:

> Los actos administrativos generados por cualquier autoridad de las otras funciones e instituciones del Estado, podrán ser impugnados ante los correspondientes órganos de la Función Judicial, en la forma que determina la ley.

En la Constitución vigente se regula también el tema en el artículo 176:

> Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial.

¿Implican las normas transcritas que sólo los tribunales estatales son competentes para conocer sobre la legalidad de los actos administrativos? Parece que sí.

Si atendemos a las normas que rigieron entre 1996 y 1998, el mandato es claro: la potestad judicial corresponde a magistrados, jueces y tribunales estatales e internacionales, si bien se reconoce el sistema arbitral. En lo que tiene que ver con los actos administrativos, la regla era absolutamente clara: "todo acto administrativo [...] podrá ser impugnado ante los Tribunales Fiscal y de lo Contencioso Administrativo".

El uso de la palabra "todo" no dejaba lugar a duda: los tribunales Fiscal y de lo Contencioso Administrativo, según la naturaleza del acto de que se trate, eran los únicos competentes para conocer impugnaciones contra actos administrativos.

Sin embargo, es posible que genere confusión el uso de la palabra "podrá". Esto porque puede argumentarse que si la norma establece que los actos administrativos "podrán ser impugnados" ante estos jueces, nos encontramos ante un típico caso de discrecionalidad, que haría de la jurisdicción contencioso administrativa una posibilidad, dependiente de la elección del demandante.

El sentido de la norma, sin embargo, no es ese. En realidad, la redacción potestativa tiene que ver, no con la existencia de vías distintas de la contencioso administrativa, sino con el hecho de que iniciar una acción ante los órganos jurisdiccionales es un derecho y no una obligación. En otras palabras, el destinatario de un acto administrativo tiene la posibilidad de impugnarlo (o no hacerlo), y el "podrá" del texto legal no se refiere a la vía de impugnación sino a la facultad que tiene quien se considere afectado por un acto administrativo, para impugnarlo.

La norma, por otra parte, abarca también los actos administrativos expedidos por la administración contratante, en el curso de la ejecución de un contrato administrativo. Esto porque, cuando se habla de "todo acto administrativo", no se hace distinción alguna entre las diversas clases de actos y, en consecuencia, debemos entender que se refiere a todos ellos.

Cuando la Ley de Arbitraje y Mediación se promulgó en 1997, su artículo 4 autorizó a las entidades del sector público a someter al arbitraje controversias de carácter contractual, pero esta autorización, obviamente, no podía ir más allá del marco constitucional, esto es, no podía incluir actos administrativos, ni aún los expedidos como parte de la ejecución contractual, porque esos actos eran parte de "todos" los actos administrativos que conforme la Constitución solo podían impugnarse ante los jueces estatales.

No me cabe duda, conforme lo dicho, que entre 1996 y 1998, por mandato constitucional, ningún árbitro podía resolver sobre la legalidad de actos administrativos, ni aún en el caso de que estos últimos se hubieren expedido dentro de una relación contractual.

El texto constitucional de 1998, como se ha visto, es diferente de los que rigieron antes de él pero, me parece, no implica ninguna modificación en el tema que nos ocupa. En efecto, el cambio fundamental radica en que no se habla de "todo acto administrativo", sino únicamente de "actos administrativos". Esta, sin embargo, es solo una diferencia de énfasis, pues de todos modos no se establecen distinciones constitucionales en el ámbito de los actos administrativos[21] y eso nos lleva a entender, aunque no se use la palabra, que se hace referencia a todos.

Si esto ocurre con el texto constitucional de 1998, parecería que lo mismo habría que sostener en el caso de la Constitución vigente, cuya norma sobre la materia es similar a la que la precedió. De ser así, los textos constitucionales que se han analizado servirían de fundamento para sostener que ningún acto administrativo, incluso los expedidos en el curso de la ejecución contractual, puede ser objeto de la decisión de árbitros.

21. En realidad hay una diferencia, pues el mandato constitucional excluye los actos administrativos de los órganos de la Función Judicial. Para el tema que nos ocupa, sin embargo, esta diferencia no viene al caso.

Hay, sin embargo, elementos adicionales en la Constitución de 2008 que llevan a una interpretación diferente.

En el caso de los textos constitucionales anteriores había dos claros mandatos: i) los actos administrativos solo pueden impugnarse ante los jueces de lo contencioso administrativo; y, ii) la ley puede establecer los casos en que se admite recurrir al sistema arbitral para la solución de controversias sobre materias transigibles. Esto quiere decir que la ley reguladora del arbitraje tenía dos límites que no estaba autorizada a franquear: el primero tenía que ver con el carácter transigible de la materia y el segundo con el hecho de que los árbitros no podían pronunciarse sobre la legalidad de actos administrativos, tengan o no el carácter de actos de ejecución contractual.

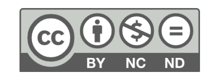
La Constitución vigente, si bien establece los mismos límites que sus predecesoras, incluye reglas adicionales que los amplían.

En efecto, conforme se ha visto, la Norma Fundamental establece que el arbitraje procede "en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir" (Art. 190:1), y que los jueces competentes para conocer sobre la legalidad de los actos administrativos son los jueces contencioso administrativos (Art. 173), pero, a diferencia de textos constitucionales anteriores, reconoce expresamente la posibilidad de que las controversias derivadas de contratos públicos, se sometan a arbitraje: "en la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley", dice el artículo 190.

La situación, entonces, difiere de la que existía antes de la vigencia del nuevo texto constitucional. Mientras con la Constitución anterior la ley podía admitir que la administración utilice el sistema arbitral, siempre que ello no implique juzgar sobre la legalidad de actos administrativos, la vigente establece una regla general, que excluye los temas no transigibles y los actos administrativos, y un caso especial: el arbitraje en derecho en temas de contratación pública.

Bien puede sostenerse, ante ésto, que la referencia expresa a los contratos públicos se explica porque, con ella, se establece un ámbito específico, al que no se aplica la regla general sobre el control de legalidad de los actos administrativos. En otras palabras, la jurisdicción contencioso administrativa es la llamada a conocer controversias sobre actos administrativos, pero en el caso de los contratos, los árbitros pueden resolver todas las controversias que de ellos surjan, sin que se excluyan de esta facultad los actos administrativos de ejecución contractual.

Esto, además, porque si la Constitución hubiera querido establecer diferencias entre los temas contractuales arbitrables o no arbitrables, lo habría expresado en el texto; al no hacerlo, debemos entender que la norma ampara a todas las controversias contractuales, sin excepción.



La acción de nulidad de un laudo arbitral: ¿un proceso de conocimiento?

*Fausto Albuja Guarderas**

SUMARIO: 1. Sobre la acción de nulidad. **2.** Sobre los procesos de conocimiento. **3.** Sobre las decisiones de la Corte. **4.** Consideraciones finales.

1. Sobre la acción de nulidad

No es desconocido que la acción de nulidad[1] constituye una forma de control judicial de un laudo arbitral, limitada a cinco causales[2]. Las mismas se encuentran establecidas en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación y buscan fundamentalmente que se respete el debido proceso y la seguridad jurídica. El juez que conoce la acción de nulidad no puede resolver sobre el fondo de la controversia arbitral. No está por demás recordar que el juicio arbitral es de única instancia.

El mencionado artículo 31, sufrió una importante reforma en el año 2005. En efecto: i) se incluyó una nueva causal de nulidad, ii) se estableció un trámite especial y sumario para ésta acción, señalando como juez competente

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Abogado por la Universidad Católica del Ecuador, Magister en Derecho de Empresa por la Universidad San Francisco de Quito. Está facultado para ejercer la abogacía en todos los Tribunales de la República del Ecuador. Actualmente, se encuentra desempeñando el cargo de Subdirector de Arbitraje Nacional, en la Procuraduría General del Estado. Previamente a ingresar al sector público, ejerció libremente la profesión en el ámbito privado, representando a importantes compañías locales. También, se desempeña como profesor en a Universidad de las Américas desde el año 2007.

1. El Dr. J. M. Marchán en su artículo, "La aplicación de la acción de nulidad de laudos arbitrales en el Ecuador", publicado en la *Revista Ecuatoriana de Arbitraje 2011*, recoge varias sentencias que de alguna forma establecen el objetivo de la acción de nulidad. Me permito rescatar aquellas que señalan: "Las características principales de la acción de nulidad es que es una acción extraordinaria y limitada por decisión del legislador, que ha sido concebida como un mecanismo de control judicial del procedimiento arbitral, mas no como una vía para acceder a una instancia que revise integralmente la controversia resuelta por el laudo…".
2. Se ha discutido en el foro arbitral si la falta de solicitud de la interpretación prejudicial al Tribunal Andino de Justicia, en los casos que lo amerite, constituye una causal de nulidad de laudo arbitral. Por otro lado, es pertinente considerar lo dispuesto en el literal l) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución que dispone la nulidad de las resoluciones o fallos que no se encontraren debidamente motivados. En este último caso, podría plantearse la inquietud en relación a si es procedente plantear una acción de nulidad que busque declarar la nulidad por falta de motivación o interponer directamente una acción extraordinaria de protección en contra del laudo

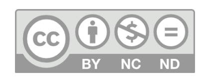
para conocerla al presidente de la Corte Provincial de Justicia. Previamente a la reforma la norma disponía que el presidente de creerlo pertinente podía ordenar el sorteo de la causa para que ésta sea conocida y tramitada por una de las Salas de dicha Corte; y, iii) se sustituyó el término "recurso" por el de "acción".

Llamamos la atención sobre esta reforma pues más allá de los aspectos relevantes que contuvo, hay uno que es pertinente para efectos de este documento y tiene que ver con el hecho de que se dejó claro que la acción de nulidad es tal y no un recurso[3].

La parte pertinente del texto de la norma antes de la reforma señalaba:

> Cualquiera de las partes podrá intentar la *acción de nulidad de un laudo arbitral,* cuando:
>
> […] Este *recurso* se interpondrá ante el tribunal que conoció la causa y éste, a su vez, sin pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia del mismo, remitirá el proceso al Presidente de la Corte Superior del Distrito del lugar del arbitraje para que conozca el recurso, dentro del término de tres días después de interpuesto.
>
> […] Quien interponga el *recurso de nulidad*, podrá solicitar a los árbitros que se suspenda la ejecución del laudo, rindiendo caución suficiente sobre los perjuicios estimados que la demora en la ejecución del laudo pueda causar a la otra parte.
>
> […] El *recurso de nulidad* podrá interponerse dentro del término de diez días contados desde la fecha de la notificación del laudo"[4]. (El énfasis me corresponde)

3. El profesor H. Devis Echandia, en su obra "*Compendio de Derecho Procesal*, tomo I, Teoría General del Proceso" (p. 167) define a la acción como "…el derecho público, cívico, subjetivo, abstracto y autónomo, que tiene toda persona natural o jurídica, para obtener la aplicación de la jurisdicción del Estado a un caso concreto mediante una sentencia, a través de un proceso."Así mismo, el autor define al recurso (p. 505) como "la petición formulada por una de las partes, principales o secundarias, para que el mismo juez que profirió una providencia o su superior la revise con el fin de corregir los errores de juicio o de procedimiento (*in judicando o in procedendo)* que en ella se hayan cometido".
4. Parte del texto del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación antes de la reforma del 25 de febrero de 2005, publicada en el Registro Oficial No. 532 de 25 de febrero del 2005.



Actualmente dispone:

> Del laudo arbitral podrá interponerse ante el árbitro o tribunal arbitral, *acción de nulidad* para el respectivo presidente de la corte superior de Justicia, en el término de diez días contado desde la fecha en que se ejecutorió. Presentada la *acción de nulidad*, el árbitro o tribunal arbitral, dentro del término de tres días, remitirán el proceso al presidente de la corte superior de justicia, quien resolverá la acción de nulidad dentro del término de treinta días contados desde la fecha que avocó conocimiento de la causa. La *acción de nulidad* presentada fuera del término señalado, se tendrá por no interpuesta y no se la aceptará a trámite[5]. (El énfasis me corresponde).

Previamente a la reforma podía existir una confusión en cuanto a si la nulidad de un laudo arbitral constituía una acción o un recurso, pues como vimos la norma utilizaba los dos términos indistintamente. Sin embargo, a partir de la reforma no es correcto insistir en que dicha acción constituye un recurso más allá de que se lo califique como "incidental". Es importante señalar que esta no es la única razón por la cual no podría considerase a la acción de nulidad como un recurso. Como acertadamente lo señala el Dr. Xavier Andrade Cadena hay otros motivos que sustentan esta posición, a saber: i) la Ley prohíbe la posibilidad de interponer cualquier clase de recurso en contra del laudo arbitral (salvo la aclaración o la ampliación) por contravenir la naturaleza misma del arbitraje, ii) la Corte Provincial no puede resolver sobre el fondo de la controversia, únicamente debe limitarse a declarar la nulidad o no del laudo, iii) no puede ser considerado un recurso de apelación pues la Corte Provincial no es un órgano jerárquicamente superior a un tribunal arbitral, iv) las partes decidieron que sea un árbitro o tribunal arbitral quien resuelva su controversia sin que esta facultad –señala Andrade– pueda ser trasmitida vía recurso a la justicia ordinaria; y, v) el arbitraje es de instancia única[6].

Las causales de nulidad, como lo hemos señalado, tienen por objetivo fundamentalmente precautelar la garantía al debido proceso en lo que tiene que ver con el derecho a la defensa y la debida motivación, así como, la seguridad jurídica. En efecto, estas circunstancias se evidencian al revi-

5. Segundo inciso del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación a partir de la reforma a dicha ley, publicada en el Registro Oficial No. 532 de 25 de febrero del 2005.
6. www.andradeveloz.com/newSite/descargas/publicaciones/nulidad_de_laudos_arbitrales.pdf

sarlas, pues, disponen que el laudo será nulo en los casos en los que no se haya citado correctamente al demandado, en aquellos en que no haya sido notificada cualquiera de las partes con las providencias dictadas por el tribunal arbitral, en los que no se haya convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o si fue convocado no se hubieren practicado las pruebas, en todos los casos en los que se resuelva sobre cuestiones no sometidas al arbitraje o se conceda más allá de lo reclamado; y, cuando se violaron los procedimientos establecidos por la ley o por las partes para la designación de árbitros o constitución del tribunal arbitral.

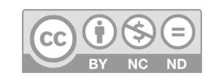
El procedimiento de la acción de nulidad es especial[7], ésta debe ser presentada ante el árbitro o tribunal que dictó el laudo, dentro del término de diez días desde la fecha en que se ejecutorió el laudo; a su vez, dichos árbitros o tribunal deben remitir el proceso al presidente de la Corte Provincial quien conocerá y resolverá la causa dentro del término de treinta días desde la fecha en que avocó conocimiento de la misma.

Hemos podido revisar varios casos en la ciudad de Quito y establecer que en la práctica la demanda que contiene la acción de nulidad debe incluir los requisitos que señala la ley para estos efectos. El juez que conoce la causa ordena se cite al o los demandados a fin de que contesten la demanda. Incluso en varios casos, el juez otorga el término de ocho días[8] para contestarla. Con la contestación y sin otro trámite se dicta sentencia. Es posible solicitar una audiencia de estrados para alegar en derecho. Lo dicho podría llevarnos a la conclusión de que los señores jueces han definido que la acción de nulidad constituye un verdadero juicio[9].

En relación con la posibilidad de recurrir a la sentencia, la Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha[10], ha aceptado recursos de apelación planteados en contra de sus sentencias, recursos que han sido conocidos y resueltos por la Sala de lo Civil y Mercantil de dicha Corte. De las resoluciones dictadas por esta Sala, hemos revisado que en varios casos se ha

---

7. Resolución de la Corte Constitucional No. 8, Registro Oficial, Suplemento 605 de 4 de junio de 2009. En esta resolución se deja claro que el trámite de la acción de nulidad es especial. Hemos encontrado varios casos, especialmente de años anteriores al 2005, en que los jueces disponían que el trámite que debía seguirse en esta clase de acciones era el ordinario.
8. Juicio Especial de Nulidad de Laudo Arbitral No. 04-2012.
9. El artículo 57 del Código de Procedimiento Civil dispone: "Juicio es la contienda legal sometida a la resolución de los jueces".
10. Juicios Especiales de Nulidad de Laudo Arbitral Nos. 05-2013 y 44-2012.



planteado recursos de casación, los mismos que han sido aceptados[11] por ellas y negados por la Sala de Admisiones de la Corte Nacional, sobre esto último volveremos más adelante. Debemos indicar que también hemos observado casos en que la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial ha negado recursos de casación presentados en contra de sus sentencias, dictadas en procesos de nulidad de laudos arbitrales[12].

La acción de nulidad constituye; i) un proceso nuevo que nace a partir de que se ha dictado un laudo, ii) es independiente del proceso arbitral del cual surgió, y iii):

> […] obliga al juez con jurisdicción legal, a ejercer su facultad de examinar de un modo concreto y no abstracto en un proceso arbitral singular, si el tribunal de arbitraje ha cumplido con el deber de conducir y resolver la causa con sujeción estricta a lo convenido por las partes y a lo preceptuado por la ley, para garantizar el debido proceso. Con la resolución que dicte al haberse planteado la acción de nulidad, el juez no resta capacidad al sistema arbitral, cuando declara la nulidad, sino que obliga a que los árbitros actúen con la extremada diligencia que la misión de juzgar, porque las partes así le han convenido, les impone[13].

Señalamos que es un nuevo proceso e independiente del arbitral pues: i) la acción de nulidad no es un acto del proceso arbitral, dado que éste termina con la expedición del laudo, sobre el cual es únicamente posible

11. Juicios Especiales de Nulidad de Laudo Arbitral Nos. 17113-2014-1364, 17113-2014-3652.
12. El argumento que han sostenido para esta negativa ha sido el siguiente: "La sentencia objeto del recurso no proviene de un juicio de conocimiento, conforme exige inflexiblemente el Art. 2 de la Codificación a la Ley de Casación, particular establecido en Jurisprudencia publicada en la Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 7. Página 1909, en resolución dictada el 10 de octubre de 2001, la cual en su parte pertinente en forma radical sostiene: «… la impugnación de un laudo arbitral no es un asunto de conocimiento, en atención a lo prescrito en el Art. 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación. El arbitraje es un mecanismo de solución de conflictos de jurisdicción privada por terceras personas, que no tienen la calidad e investidura de los jueces de la jurisdicción común, previo sometimiento voluntario de las partes en tal decisión, y cuya existencia impide a la Función Judicial conocer sobre las cuestiones litigiosas sometidas al arbitraje. Así la disposición del Art. 31 de la Ley de Mediación y Arbitraje estatuye la inapelabilidad del laudo arbitral, por lo que la decisión arbitral se torna irrevocable, y podrá obtenerse su ejecución forzada del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio». Criterio vigente, obligatorio y concordante con la Ley de Arbitraje y Mediación que en su artículo 30, inciso segundo, establece de manera imperativa: «Los laudos arbitrales no serán susceptibles de ningún otro recurso que no establezca dicha Ley, sin que el mencionado cuerpo legal permita en dicho proceso la admisión del recurso de casación, por tal motivo, no procede y se niega el recurso de casación…»".
13. A. Ponce Martinez, "Notas sobre la cláusula compromisoria y sus efectos en la legislación Ecuatoriana"", en R. Caivano, *La Clausula Arbitral*, Bogotá: Universidad de Rosario, 2011, p.452.

interponer recursos de aclaración y ampliación, i) incluso el tribunal arbitral que conoció el caso se disuelve una vez que ha sido dictado el laudo y se han resuelto los recursos horizontales, ii) es conocido por un juez distinto (jurisdicción ordinaria) a aquel que dictó el laudo arbitral, iii) el juez que conoce la acción de nulidad no es jerárquicamente superior al tribunal arbitral, iv) el juez que conoce la acción de nulidad no revisa el fondo de la controversia arbitral sin embargo declara la nulidad o no de un laudo arbitral, v) el objeto de la controversia es distinto; y, vi) la acción de nulidad tiene su propio procedimiento.

Con base en lo expuesto, es posible concluir que la acción de nulidad tiene por objetivo que un juez perteneciente a la justicia ordinaria, independiente y sin ser jerárquicamente superior al árbitro o tribunal arbitral que dictó el laudo, declare que éste es nulo por haberse encontrado cualquiera de las causales de nulidad dispuestas en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación. Este juez no revisa el fondo de la controversia arbitral, sino que siguiendo un procedimiento especial que inicia con una demanda, dicta sentencia, reconociendo o no el derecho de la parte actora a que se declare nulo el laudo arbitral.

2. Sobre los procesos de conocimiento

La doctrina procesal ha generado una clasificación sobre los procesos, en donde los distingue por las distintas funciones o fines que persiguen. Los ha clasificado en declarativos (de condena, puros, declaración constitutiva, mixtos, genéricos o de conocimiento), de ejecución y cautelares. Los primeros buscan "la declaración de un derecho o responsabilidad o de la constitución de una relación jurídica [...]. En todos ellos el juez regula un conflicto singular de intereses, y determina quien tiene el derecho, es decir, el juez es quien ius dicit"[14].En los de ejecución no se trata de "una pretensión discutida que implique la necesidad de declarar quién tiene razón, sino una pretensión cuya existencia aparece clara y determinada en el título que se aduce, pero que está insatisfecha, porque el obligado no ha cumplido su obligación correlativa"[15]. Los cautelares por su parte buscan "prevenir los daños que el litigio pueda acarrear o que puedan derivarse de una situación anormal"[16].

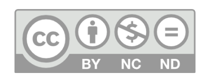
14. H. Devis Echandia, *Compendio de Derecho Procesal, Tomo I, Teoría General del Proceso*", 7ma. edición, Bogotá: ABC, 1979, p. 144.
15. Ibídem.
16. Ibídem, p. 145

Es necesario entonces ubicar a la acción de nulidad dentro de esta calificación, en consideración a su naturaleza asi, de la simple lectura de estas definiciones podemos concluir que la acción de nulidad no genera un proceso de ejecución pues en ella no se discute sobre la insatisfacción de un derecho cierto y preexistente y menos puede ser considerada un proceso cautelar ya que no busca que el juez disponga medidas urgentes para evitar que se viole o se intente violar el ejercicio de un derecho. Habiendo excluido los procesos de ejecución y cautelares, es pertinente analizar si constituye uno de conocimiento.

En la acción de nulidad se discute el derecho para que el laudo arbitral sea declarado nulo. En efecto, por un lado estará la parte que argumenta que el laudo arbitral está viciado de nulidad por haberse cumplido cualquiera de las causales establecidas en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación y por otro, la parte que considera que el laudo es válido en tanto en cuanto no se cumple ninguno de los requisitos contemplados en dichas causales. Estas posiciones son puestas en conocimiento del juez para que éste declare quién tiene el derecho en relación a la nulidad o validez del laudo arbitral. Es decir, existe un proceso judicial en que el juez decide y determina quién tiene la razón con base en los argumentos de las partes.

No creemos posible sostener que una acción de nulidad no es un proceso de conocimiento sobre la base de que en esta acción, el juez únicamente revisa si se cumplen o no las causales de nulidad del laudo y no el fondo de la causa. Estamos claros que efectivamente no lo hace, pero bajo ninguna lógica es posible argumentar que la acción de nulidad no es un proceso de conocimiento por esta razón. Todo lo contrario, el juez, al resolver sobre la nulidad o validez de un laudo arbitral está declarando un derecho en favor de una las partes, elemento esencial para determinar que la acción de nulidad constituye un proceso de conocimiento[17].

17. Revisadas sentencias de la ex Corte Suprema, hoy Corte Nacional, hemos podido identificar que ésta ha resuelto que en casos relacionados con homologación de sentencias extranjeras, el juez debe decidir dicha homologación en juicio de conocimiento. Nos hemos permitido considerar estas decisiones pues al igual que en las acciones de nulidad en estos casos tampoco se revisa el fondo de la controversia y aun así, la Corte los ha considerado como procesos de conocimiento (ver Expediente de Casación 227, R.O. 378 de 27 de julio de 2001 y Expediente de Casación 223, R.O. Suplemento 537 de 4 de marzo de 2005). Esto demuestra que no es necesario revisar el fondo de la causa para determinar que un proceso es o no de conocimiento, pues conforme recoge una de las señaladas resoluciones: "Lo que va a ser motivo de análisis y examen, no es el litigio que da origen a la sentencia, sino la sentencia misma".



En base a lo expuesto, creemos posible concluir que al existir la declaración del juez sobre el derecho de las partes en relación a la nulidad o validez de un laudo arbitral estamos frente a un proceso de conocimiento[18].

3. Sobre las decisiones de las Corte

Tal como lo señalamos, las cortes provinciales han aceptado recursos de casación sobre sentencias dictadas en procesos de nulidad de laudos arbitrales. Sin embargo, la Corte Nacional de Justicia (sala de admisión) durante los últimos años, ha inadmitido recursos de casación sobre sentencias dictadas dentro de los señalados procesos.

En efecto la Corte [sala de admisión] ha sostenido que la acción de nulidad es:

i) Un recurso incidental del arbitraje pues no se constituye en un proceso en el que se declare la existencia o inexistencia de un derecho. La Sala de Admisión señala que la Corte:

> No tiene competencia para conocer vía casación la acción de nulidad de un laudo arbitral, acción de nulidad que tiene como antecedente la vigencia de la decisión arbitral. Ello en razón de que sería ilógico creer que las partes, habiéndose sometido voluntariamente a una decisión arbitral, excluyendo por sí la vía jurisdiccional, ahora se quieran someter a esta vía para anular precisamente una secuela de un acto voluntario que no admite recurso alguno, pues la efectividad del laudo proviene del compromiso de las partes de acatarlo, que no es un proceso o juicio al tenor del Art. 57 del Código de Procedimiento Civil, por tanto la decisión carece de las características propias de una sentencia judicial, que a las que alude el Art. de la Ley de Casación. Entonces esta Sala considera que la impugnación de un laudo arbitral no es un asunto de conocimiento, en atención a lo prescrito en el inciso final del Art. 32 de la Ley de Mediación y Arbitraje. El arbitraje es un mecanismo de solución de conflictos de jurisdicción privada por terceras personas,

18. El Dr. S. Andrade Ubidia en su libro, *La Casación Civil en el Ecuador,* p. 106, recoge el criterio de la Primera Sala de la ex Corte Suprema de Justicia, en relación a que la acción de nulidad constituye un proceso de conocimiento "por ser dictados por la Corte Superior y poner fin al litigio declarando el derecho (la validez o la nulidad del laudo arbitral)."

que no tienen la calidad e investidura de los jueces de la jurisdicción común, por no ser designados por el poder público, sustrayéndolos de la jurisdicción común, previo sometimiento voluntario de las partes en tal decisión, y cuya existencia impide a la Función Judicial conocer de las cuestiones litigiosas sometidas al arbitraje. De ahí que el Art. 31 de la Ley de Mediación y Arbitraje estatuye la inapelabilidad del laudo arbitral, por lo que la decisión arbitral se torna irrevocable, y podrá obtenerse su ejecución forzada del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio[19].

ii) […] un recurso incidente respecto del arbitraje al que se han sometido las partes, no es admisible el recurso de casación, tanto más (SIC) que la decisión que emita la Corte Provincial no resuelve sobre el asunto de fondo (es decir respecto de lo principal) materia del arbitraje, sino que se pronuncia sobre nulidades del laudo arbitral; es decir, sobre cuestiones de procedimiento[20].

Así mismo, ha señalado que:

i) La competencia de la justicia ordinaria radica exclusivamente en conocer y resolver si en el proceso arbitral existen o no los motivos de nulidad alegados, más no como una vía para acceder a una instancia que revise integralmente la controversia resuelta por el laudo. Entonces, se debe estimar que los jueces ordinarios que conocen la acción de nulidad del laudo no declaran derechos, puesto que esta declaración de derecho la hicieron los árbitros al momento de dictar el laudo[…][21].

ii) Los juicios de nulidad de laudo no son procesos de conocimiento, sino procedimientos sumarísimos en los que se analiza la legalidad del procedimiento adoptado por los árbitros[22].

19. Juicio de Nulidad de Laudo Arbitral No. 168-2012.
20. Ibídem.
21. Juicio Sumario/Especial No. 17711-2015-0209.
22. Ibídem.

Los criterios de la Corte podrían ser resumidos de la siguiente forma:

i) No podría considerarse a la acción de nulidad del laudo arbitral como un proceso de conocimiento pues no declara la existencia de un derecho, toda vez que nace a partir de un laudo emitido dentro de un proceso arbitral al que las partes se sometieron voluntariamente, es decir, la acción de nulidad es dependiente del proceso arbitral. Esta relación señala la Corte, se refleja inclusive en el hecho de que el laudo arbitral no puede ser objeto de impugnación alguna, lo cual también impediría que la resolución dictada dentro de proceso de nulidad de laudo arbitral pueda ser recurrida[23].

ii) La acción de nulidad no es un proceso de conocimiento en tanto en cuanto no resuelve los asuntos de fondo discutidos en el proceso arbitral, aún más, la Corte señala que la declaración de derechos la hicieron los árbitros en el laudo arbitral y que consecuentemente no sería posible que tal declaración se de en la acción de nulidad.

iii) La acción de nulidad no es un proceso de conocimiento pues es un procedimiento sumarísimo en el que se revisa la legalidad del proceso arbitral.

Al respecto, es necesario señalar lo siguiente:

Con relación al punto i), la Corte no advierte que la acción de nulidad es un proceso que si bien surge a partir de la expedición de un laudo, es independiente del proceso arbitral. Las razones por las cuales consideramos la independencia de la acción de nulidad ya fueron expuestas en líneas anteriores. La voluntariedad para el sometimiento a arbitraje para resolver controversias es voluntario, este factor no puede servir de fundamento para determinar que la acción de nulidad no es un proceso de conocimiento.

23. Este criterio también ha sido expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia No. 173-14-SEP-CC. Se lo ha hecho en los siguientes términos: "De tal forma, la acción de nulidad surge como consecuencia de las causales previstas en el artículo 31 respecto del laudo arbitral, lo cual no genera ni da lugar a considerar que la acción de nulidad es una acción independiente del laudo que tiene un trámite adicional al previsto en el artículo mencionado, ya que por el contrario surge de este, conforme lo determinado en la ley. Siendo así, la restricción impuesta en el artículo 30 –inapelabilidad laudo arbitral– genera un efecto directo también en la acción de nulidad, ya que caso contrario la ley hubiera establecido la facultad de recurrencia de la sentencia que resuelva dicha acción".



La voluntariedad está en la decisión de las partes de someter sus controversias a arbitraje y éste como se ha señalado termina con la expedición del laudo. La posibilidad de interponer una acción de nulidad y las causales que harían posible su interposición están establecidas en la Ley además, como se mencionó, la acción de nulidad es independiente del proceso arbitral, su procedimiento es distinto, tiene un objeto distinto, es conocida por la justicia ordinaria, incluso su resolución puede ser impugnada.

En ese orden de ideas, tampoco creemos que tenga sustento el argumento en el cual se señala que la resolución expedida dentro de un proceso de nulidad de laudo arbitral no puede ser impugnable en la medida en que tampoco lo puede ser el laudo arbitral[24] y menos aún para el caso del recurso de casación, que se lo presenta en contra de una sentencia dictada en segunda instancia por la Sala de lo Civil de la Corte Provincial que pone fin a un proceso de conocimiento.

Como ya hemos dicho, hay una independencia entre el proceso arbitral y el de nulidad, en el primer caso, es clara la norma en señalar que el laudo arbitral es inimpugnable no cabe recurso alguno sobre él (salvo aclaración y ampliación), esto no implica de ninguna forma, que la resolución dictada por la justicia ordinaria con relación a la nulidad o validez del laudo deba seguir la misma disposición.

En la Ley de Arbitraje y Mediación no se señala absolutamente nada en relación a la posibilidad o imposibilidad de impugnar la resolución de la acción de nulidad, lo cual no puede servir de justificativo para aplicar la norma que expresamente señala tal prohibición para los laudos. Al contrario, siguiendo las propias disposiciones de la Ley de Arbitraje y Mediación que señalan que las normas del Código de Procedimiento Civil son supletorias a las primeras, así como a las normas constitucionales, no habría razón para sostener que no es posible recurrir de la resolución de la acción de nulidad[25]. La Corte Provincial de Pichincha parece seguir este criterio; en varios casos revisados, ha aceptado recursos de apelación y casación sobre resoluciones dictadas en procesos de nulidad.

24. La Corte Constitucional en sentencia No. 124-15-SEP-CC ha señalado: "No existe por tanto justificación para que los jueces provinciales hayan pretendido argumentar la inapelabilidad del laudo arbitral como razón suficiente para negar el recurso de casación planteado en contra de una providencia judicial expedida por una Sala de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha."
25. Debo señalar que se ha discutido sobre la posibilidad de interponer un recurso de apelación sobre la resolución

En cuanto al punto ii), no se refuta de ninguna forma que en el proceso arbitral se revisa el fondo del mismo y que en la acción de nulidad no se lo haga, pues queda claro que el objeto de esta última está limitado a las causales determinadas en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación. Sin embargo, bajo este argumento no se puede sostener que la acción de nulidad no constituye un proceso de conocimiento.

Durante su tramitación como se ha dicho, se discute el derecho de las partes a que se declare la validez o nulidad de un laudo arbitral, esta declaración efectuada por el juez que conoce la causa es justamente la que determina que esta acción constituya un proceso de conocimiento.

En lo que tiene que ver con el punto iii), la Corte parecería justificar que la acción de nulidad no es un proceso de conocimiento sobre la base de que su procedimiento es sumarísimo. Es decir se entendería que un proceso de conocimiento es tal, dependiendo del procedimiento que siga.

Al respecto, es preciso dejar claro que el procedimiento que se le da a una causa no necesariamente determina que el proceso sea o no de conocimiento. En efecto, no es posible afirmar que solo los juicios tramitados por la vía ordinaria o verbal sumaria son de conocimiento. La acción de nulidad tiene un trámite especial y sumarísimo y a pesar de ello es un proceso declarativo de derechos y consecuentemente de conocimiento.

dictada dentro de un proceso de nulidad de laudo arbitral. Según la posición que niega la posibilidad de recurrir una sentencia de nulidad de laudo arbitral esta posición no le serían aplicables las disposiciones de la Constitución ni las del Código de Procedimiento Civil. Conforme este último cuerpo normativo, mientras la ley no deniegue expresamente el recurso, se entiende que lo concede. Vale señalar que el Código Orgánico General de Procesos no contiene esta disposición, es más, señala expresamente que el recurso de apelación solo podrá interponerse cuando la ley expresamente lo conceda, lo cual daría a entender que si no lo hace entonces no se podría plantear dicho recurso. Si a esto le sumamos el criterio de la Corte Constitucional del Ecuador en el sentido de que "el acceso a instancias superiores o etapas de apelación o casación, no constituye per se un derecho absoluto aplicable a todo tipo de procesos y materias, ni mucho menos a la voluntad de las partes, […] existe un ámbito sobre regulación de los recursos procesales que queda bajo competencia y determinación del legislador […]". Dicho en otras palabras, la Corte Constitucional debe aclarar que no todo tipo de restricción a instancias o etapas procesales superiores (mediante recursos de apelación, casación o revisión) constituye per se una afectación al derecho al debido proceso en la garantía de defensa; la vulneración se produce cuando existiendo la posibilidad de acceder a una etapa o instancia superior a través de un recurso previsto en el ordenamiento jurídico, la autoridad judicial impide conceder a alguna de las partes procesales dicha impugnación por decisiones injustificadas o irrazonables". (Ver sentencia No. 124-15-SEP-CC de la Corte Constitucional), entonces podríamos llegar a la conclusión de que a partir de la vigencia del Código General de Procesos no cabría la posibilidad de interponer recursos de apelación sobre resoluciones dictadas en acciones de nulidad.

4. Consideraciones finales

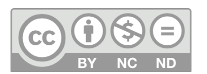
a) A pesar de lo expuesto en estas breves líneas, es posible llegar a la conclusión de que un debate que ya ha tenido varios años, aún no logra consolidar una posición unánime. Vemos que por un lado la Corte Provincial de Pichincha considera a la acción de nulidad de un laudo arbitral como un proceso de conocimiento y consecuentemente admite recursos de casación interpuestos sobres sus sentencias y por otro a la Corte Nacional (Sala de Admisiones) que no admite tales recursos pues considera que esta clase de acciones no constituyen procesos de conocimiento. Es preciso señalar que también hemos podido evidenciar varias sentencias de la Corte Nacional de algunos años atrás en los que se ha tramitado y resuelto recursos de casación interpuestos sobre resoluciones de acciones de nulidad.[26] Por lo tanto, la posición de esta corte tampoco ha sido consistente a lo largo del tiempo.

b) Mientras no haya una verdadera definición en relación a la naturaleza de la acción de nulidad por parte de las cortes ecuatorianas, es muy probable que la discusión continúe por mucho tiempo más.

c) Podría plantearse la posibilidad de una reforma a la Ley de Arbitraje y Mediación particularmente al artículo 31, de la Ley de Arbitraje y Mediación sobre todo en lo que tiene que ver con el procedimiento que debe seguir la acción de nulidad. En esta reforma valdría dejar claro que sobre la resolución dictada por el Presidente de la Corte Provincial no cabe recurso alguno, lo cual, eliminaría cualquier discusión al respecto.

d) Es preciso señalar que mientras no haya una clara definición sobre este tema, los perjudicados son los usuarios del sistema arbitral, quienes, una vez concluido el procedimiento, que en varios casos toma más tiempo que el determinado en la ley, se enfrentan adicionalmente a litigios en la justicia ordinaria que duran varios años sin resolverse y que adicionalmente generan una incertidumbre toda vez que no existe tal definición.

26. Ver procesos signados con los números: 546-10, R.O. Suplemento 350, 18 de octubre de 2012, 292-07 R.O. Suplemento 356, 31 de octubre de 2012, 57-07 R.O. Suplemento 416, 25 de marzo de 2013, 113-06 R.O. Suplemento 542, 6 de marzo de 2009.



e) Por otro lado, si bien el dejar claro, mediante una reforma a la ley, que no cabe recurso alguno sobre la resolución que dicte el presidente de la Corte Provincial, podría ser una solución a esta discusión, valdría la pena preguntarse si esta imposibilidad no dejaría en indefensión a la parte que se crea afectada por la decisión del señalado Presidente y que posibilidades tendría el usuario frente a esta situación[27].

f) A partir de la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos, podría darse una solución a la discusión relacionada con la posibilidad de apelar la resolución de la acción de nulidad dictada por el presidente de la Corte Provincial. En efecto, el Código es claro en que este recurso procede siempre que la ley expresamente lo conceda. En tal virtud, al no estar establecida esta posibilidad en la Ley de Arbitraje y Mediación no cabría la apelación de dicha resolución. Sin embargo, queda abierta la duda sobre la posibilidad de plantear un recurso extraordinario de casación considerando que esta sentencia es dictada dentro de un proceso de conocimiento y es de última y única instancia.

27. Considero relevante para esta discusión revisar la Sentencia de la Corte Constitucional No. 124-15-SEP-CC, de 22 de abril de 2015 dentro de los casos No. 1279-11-EP y 1280-11-EP acumulados.